BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
RACCOLTA
VILLAROSA
E
10/3
NAPOLI

Digitized by Google

Raccolta Vi...
E. 10 13

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI ET ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.
COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI
Tomus Tertius

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Caſtigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXIII.

Typis JOANNIS RICCOMINI.

CENSORUM PERMISSU.

Digitized by Google

Digitized by Google

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

Lib. X.

Cap. I. *De ſervitute perſonarum.* 2.
II. *De uſufructu.* 8.
III. *De uſusfructus conſtituendi perſonis ac rebus.* 22.
IV. *De uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur.* 28.
V. *De modis verbiſque conſtituendi uſusfructus.* 40.
VI. *De uſufructus a iudice conſtituto. De uſusfructus uſucapione.* 50.
VII. *De commodis uſusfructus.* 54.
VIII. *De iure fructuarii & in naturalibus & in civilibus fructibus.* 62.
IX. *Eos fructus, non niſi perceptione iuſta, fructuario acquiri.* 76.
X. *An fructuarius extra uſum & fruitionem quid in re fructuaria ſtatuere poſſit.* 84.
XI. *De remediis tuendi uſusfructus.* 92.
XII. *De confeſſoria actione uſusfructus perſequendi cauſſa.* 100.
XIII. *De oneribus fructuarii.* 108.
XIV. *De cautione fructuaria.* 124.
XV. *De remediis proprietarii adverſus fructuarium, & actione Negatoria.* 138.
XVI. *De modis amittendi uſusfructus.* 144.
XVII. *Quotupliciter natura ſua (atque hinc ex perſona fructuarii) uſusfructus exſtinguatur.* 148.
XVIII. *Quomodo ex re fructuaria.* 160.
XIX. *De uſusfr. conſolidatione.* 170.
XX. *Reſtrictio ſuperiorum, quibus uſusfructus amittitur, modorum: & primum de uſufructu cuius dies non ceſſit.* 176.
XXI. *De habitatione & operis ſervorum, quæ non uti uſusfructus, dictis modis amittuntur.* 182.
XXII. *De uſufructu, cuius dies ceſſerit, repetito, atque de operis ſervorum legatis.* 186.
XXIII. *Amiſſus uſusfructus ad quos redeat: Et quomodo accreſcat.* 190.
XXIV. *De uſu.* 206.
XXV. *De uſu ædium fundi, pecorum, ſervi: Et de oneribus uſuarii.* 212.

Lib. XI.

Cap. I. *De prædii ſervitute.* 226.
II. *Quæ ad facultatem ſervitute perpetuo utendi exigantur.* 234.
III. *De cauſſis perpetuis ſervitutum.* 242.
IV. *De ſervitutibus urbanorum prædiorum, earumque generibus. Atque hinc de ea, quæ ædium dilatandarum cauſſa paratur.* 250.
V. *De alteris duobus generibus, de ea videlicet ſervitute, quæ ad utilitates interiores domus retinendas: & quæ ad ædes in alienum exonerandas quæritur.* 258.
VI. *De ſervitutibus ruſticorum prædiorum, earumque generibus. Ac hinc de ſervitute accedendi ad fundum noſtrum.* 276.
VII. *De ſervitute ex alieno in noſtrum quid ſumendi. Unde reſtituitur* §. ult. L. Mela, D. de alim. leg. 286.
VIII. *De ea, quæ fundi noſtri exonerandi cauſſa paratur. Et de promiſcuo genere ſervitutis prædiorum urbanorum & ruſticorum.* 294.
IX. *De ſervitute prædii acquirenda & conſtituenda; perſoniſque tum conſtituentis, tum acquirentis.* 298.
X. *De modo conſtituendæ ſervitutis inter privatos.* 314.
XI. *De uſucapione ſervitutum.* 334.
XII. *De modis uſucapiendi ſervitutes prædiorum.* 352.
XIII. *Quatenus conſtituta ſervitus afficiat prædium, cum id, cui imponitur, tum cui acquiritur.* 362.
XIV. *Ea quid a prædiis ad dominos prædiorum transferat.* 374.

XV.

XV. *De confeſſoria actione ſervitutis perſequendæ cauſſa.* 380.

XVI. *De negatoria actione, aliiſque remediis, tum ſervitutis, tum libertatis rerum uoſtrarum tuendæ.* 388.

XVII. *Quibus modis ſervitutes tam urbanorum, quam ruſticorum prædiorum amittantur.* 392.

XVIII. *Utrum etiam nou utendo, & prædictis ſolum modis ſervitutes amittantur.* 398.

Lib. XII.

Cap. I. *De eo quod unicuique veluti ſuum debetur, & quomodo ex hoc quiſque obligetur; & quid ipſa obligatio.* 412.

II. *Obligationum genera, natura, cauſſæ, effecta, & interitus.* 424.

III. *Civilis obligationis nudæ eſſentia, cauſæ, effecta, & obitus.* 444.

IV. *Civilis obligatio iuſta quæ; eius cauſſæ & genera. Imprimiſque de naturali obligatione.* 448.

V. *De obligationum quatuor cauſſis ſolis, contractu, quaſi contractu, maleficio, quaſi maleficio.* 462.

VI. *De obligatione ex contractu, quid & quibus ex cauſſis.* 472.

VII. *Siue conſenſu nullum eſſe contractum: & quot modis conſeuſus imperfectus fiat.* 476.

VIII. *Sine conventione non eſt contractus: uni ex contrahentibus quid præſtari ſufficit: conſenſus quando iure comprobatur.* 488.

IX. *Conventiones, quæ in univerſum valeant; quæve obligationem pariant? cur in eius tractatione a conſenſu incipiendum.* 494.

X. *Conventionum aliæ iuriſgentium, aliæ legitimæ ſunt, & ſubdiviſio utrarumque. Sponſalia & nuptiæ quo referendæ.* 502.

XI. *Conventiones quæ non ſolo conſenſu obligationem pariunt, veſtimentis pactorum firmantur. Error in horum appellatione & diviſione refutatur.* 514.

XII. *Re contrahi obligationem quid; & quando recte contrahatur.* 522.

XIII. *Contractuum qui re fiunt genera duo: & prioris ſpecies duæ explicatæ.* 532.

XIV. *Alterius generis contractus ſpecies: & ſingularum uatura.* 538.

XV. *Verborum & literarum obligatio unde uaſcatur.* 552.

XVI. *Fines ſtipulationis & conventionis legitimi duo. Et prioris, ut ſtipulator ſibi non alii ſtipuletur, explicatio.* 554.

XVII. *Alteri ſtipulari neminem poſſe, quas habeat cautiones & exceptiones in utraque perſona ſtipulantium.* 560.

XVIII. *Stipulatio in alterius perſonam ad poteſtatem ſolvendi & ad actionem retinendi utilis.* 576.

XIX. *Ut ſtipulator de alio, ſic & promiſſor de alio inutiliter ſtipulatur: & ut huic occurrendum.* 584.

XX. *In ſtipulationem & conventionem ad alium obligandum comparatam deducuntur aut res, aut facta. Et de rebus primum.* 592.

XXI. *Quæ facta in obligationem non ducantur. Quomodo infirmetur conventio.* 616.

XXII. *De perſonis contrahentium, & iis, qui obligari non poſſunt ex contractu.* 630.

XXIII. *Ex perſouarum quarundam contractu obligatio non acquiritur.* 644.

XXIV. *De obligatione filiifamilias & S. C. Macedoniauo.* 656.

XXV. *De mutuo filiofamilias dato, & adverſus id S. C. Macedoniani pœna.* 674.

XXVI. *Quando S. C. Macedoniano locus non ſit, ex eo exceptiones a parte creditoris.* 688.

XXVII. *Ex perſoua patris Macedoniani exceptiones: & de pecunia filiofamilias ſtudiorum cauſſa abſenti credita.* 696.

XXVIII. *Ex perſona filii Macedouiani exceptiones.* 710.

XXIX. *De fœminarum interceſſionibus & S. C. Velleiano.* 720.

XXX. *De auxilio Velleiani, quid a Macedoniano differat.* 734.

XXXI. *De actione per interceſſionem mulieris, creditori amiſſa reſtituenda.* 740.

XXXII. *Quibus in cauſſis & ob quæ facta mulier utiliter obligetur. Et num Velleiano renunciare poſſit.* 750.

Digitized by Google

Lib. XIII.

Cap. I. *De emptione & venditione, quid ſit & quibus rebus perficiatur. Quæ hic perſonarum, rerum, factorum diſtinctiò.* 758.

II. *Empti & venditi obligatio quæ: eius actiones & præſtationes. Et primum de venditore, deinde de evictione.* 774.

III. *De Ædilitio edicto, id eſt, morbis & vitiis rei venditæ; &c.* 786.

IV. *De commodis & cautionibus rei venditæ.* 860.

V. *Quid emptor venditori præſtare debeat iudicii poteſtate & quæ inde actio.* 808.

VI. *De locatione & conductione.* 814.

VII *De locatoris obligatione, duabus eius præſtationibus, tum quibus partibus unaquæque conſtat.* 824.

VIII. *De conductore & eius præſtationibus.* 840.

IX. *De locatione operarum factorumve, quæ locatoris & conductoris obligatio.* 844.

X. *Mandati obligatio mandato & mandati ſuſceptione contrahitur. Mandatum quid & eius tractatio.* 854.

XI. *Mandatarii obligatio, mandati fideli exſecutione; & per cauſſam mandati conſecutorum reſtitutione abſolvitur.* 864.

XII. *Mandator in quantum mandatario obligetur.* 874.

XIII. *De fideiuſſore mandatario & eius actione duplici.* 886.

XIV. *De actionibus directa & contraria.* 902.

XV. *De ſocietate, quid & quotuplex, item quomodo contrahatur.* 904.

XVI. *De ſocietatis communione in lucro & damno: & eius præſtatione.* 910.

XVII. *De actione pro ſocio & eius proprietatibus.* 926.

XVIII. *De nuptiis & ſponſalibus.* 930.

XIX. *Nuptiæ quomodo contrahantur: & de perſonis contrahentium.* 938.

XX. *De conſenſu nuptiarum.* 954.

XXI. *Nuptiis contractis qualis communicatio & obligatio inter virum & uxorem naſcatur: item quæ præſtationes & earum obtinendarum actio.* 968.

XXII. *De legitimis conventionibus quot; quid, & qualis ex eis obligatio.* 984.

Lib. XIV.

Cap. I. *De mutuo quid, & eius obligatione.* 991.

II. *De commodato, depoſito & pignori dato quid unumquodque & de eorum conſenſu.* 996.

III. *De commodati, depoſiti & pignoris dati obligatione & præſtationibus mutuis.* 1004.

IV. *De dote, quid ſit, & quomodo conſtituatur, ubi deſinat. Quod inde ius & obligatio; & quis contractus.* 1016.

V. *De obligatione reſtituendæ dotis: & quando dos repeti poſſit.* 1028.

VI. *Quibus & adverſus quos dotis actio competat.* 1032.

VII. *Quid in repetitionem & reſtitutionem dotis veniat, quid inde apud maritum manere debeat: & de fructibus dotis & eorum diviſione.* 1052.

VIII. *An quid vice mutua præſtandum ſit marito ex cauſa dotis: & ſi quid, quæ obtinendi ratiò, tum de impenſis in rem dotalem factis.* 1070.

IX. *De donatione propter nuptias, quid ſit, & quæ hinc obligatio quoad reſtitutionem.* 1076.

X. *De repetitione ob cauſſam datorum, & potiſſimum ob cauſſam præteritam voluntariam.* 1084.

XI. *De repetitione datorum ob præteritam cauſſam neceſſariam. De ſoluto & indebito: quid utrumque.* 1092.

XII. *De exceptione perpetua in odium creditoris, exceptione S. C. Macedoniani. In hoc numero non ſunt exceptio doli & rei iudicatæ.* 1102.

XIII. *De indebito eo, quod aut non debetur cui ſolvitur, aut non debet qui ſolvit. De ſoluti huius repetitione.* 1118.

XIV. *Indebitum per errorem ſolvi oportet, ut ſit ſoluti repetitio: item per errorem facti, non iuris; & quis utrinque in repetitione error.* 1124.

XV.

XV. *De indebiti per errorem facti cauſſa, qua repeti non poteſt, & exceptione hinc orta.* 1134.

XVI. *De condictione indebiti num obligatio, & qualis.* 1144.

XVII. *De condictione indebiti, quod non ex diſtractu, ſed contractu potius.* 1154.

XVIII. *Condictio indebiti cui detur, & adverſus quem; quid in eam veniat.* 1162.

XIX. *Ad* L. frater a fratre, 38. D. de cond. indeb. 1176.
ad §. quæſitum, *eiuſdem* L. frater. 1194.

XX. *De repetitione ob cauſſam futuram datorum non inhoneſtam. Quid datum ob cauſſam. De inſcriptione tit. Digeſt.* de condictione cauſſa data. 1198.

XXI. *Quam generaliter verum ſit datum ob cauſſam cauſſa non ſecuta repeti poſſe, quicunque caſus obſtiterit, quominus poſſit antea & in poſterum impleri. Et de ſententia* L. pen. C. de cond. ob. cauſ. dat. 1208.

XXII. *Datum ob cauſſam cauſſa nondum ſecuta pœnitentia an repeti poſſit: & quid heredi, quem nondum pœnituit, liceat.* 1220.

XXIII. *In quibus cauſſis dati ob cauſſam cauſſa non ſecuta ceſſet repetitio.* 1224.

XXIV. *Repetitio ob cauſſam dati ex obligatione: obligatio ex contractu eo, qui re contrahitur, hinc condictio ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta, cui detur hæc, adverſus quem, & quid in eam veniat,* 1234.

XXV. *De repetitione ob turpem cauſſam datorum.* 1242.

XXVI. *De repetitione rerum donatarum. Quæ donationes revocari poſſunt: & quo cuiuſque revocatio referenda.* 1254.

XXVII. *De cauſſis revocandæ donationis, ingratitudine & ſuſceptis liberis donatoris: Inprimis de ingratitudine.* 1260.

XXVIII. *Donatio ex cauſſa ingratitudinis non iure, ſed pœnitentia donantis revocatur & infirmatur. Quibus donatoribus ſit repetitio competens.* 1276.

XXIX. *Revocatio donationis ex cauſſa ingratitudinis ita tribuitur donatori, ut ipſo non revocante denegetur omnis eius heredibus, revocante eo, tranſeat ad eius heredes.* 1282.

XXX. *Heredibus donatoris quomodo & quando detur donationis revocatio.* 1296.

XXXI. *Ex cauſſa ingratitudinis ſemper eſſe donationis revocationem adverſus ingratos etiam ante litem motam rebus a donatario alienatis. Mater donatrix excipitur. Actio ipſa qualis, cui detur, adverſus quem, & quid in eam veniat.* 1308.

XXXII. *De revocatione donationis ob liberos a donatore ſuſceptos.* 1318.

XXXIII. *De donatione cauſſa mortis: quid ſit; quibus ex cauſſis revocetur. Quæ ad eam revocationem, cuiuſmodi, & quibus ex cauſſis natæ actiones.* 1320.

XXXIV. *De precario: quid ſit; quæ hinc & cuiuſmodi obligatio.* 1330.

XXXV. *De altero genere obligationum, quæ re contrahuntur, in quo quid datur, aut ſit, ut præſtetur aliud.* 1336.

XXXVI. *De obligatione verborum. Inprimiſque de ſtipulatione quid, quæ cauſſæ, quæ ſpecies.* 1344.

XXXVII. *De literarum obligatione.* 1354.

XXXVIII. *Literarum obligatio vere obligatio; quando.* 1370.

XXXIX. *Literarum obligatio quam recte ulla ita dicatur, quaſi ſit ex literis; atque quam recte ulla numeretur inter obligationum ſpecies, tum quam recte dicatur ex contractu. In alia confeſſione, quam literarum, eadem obligatio locum non habet: cautione ſcripta & interpoſita ſtipulatione etiam literarum obligatio manet.* 1382.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DECIMUS.

De ſervitutibus Perſonarum: Uſufructu, Uſu, Habitatione, Operis ſervorum.

CAPUT I.

Servitus Perſonæ, quæ. Huius generis quæ ſpecies.

Rerum nexus atque ordo. I.
Perſonæ ſervitus quid. An ſit perſonæ ſervitus dignoſcenda 1. ex conventione, ſi ſolius perſonæ gratia fuerit conſtituta. II.
2. Ex conſtitutæ natura, ſi prædii ſervitus eſſe non poſſit. III.
Quæ ſit prædii ſervitus, ex quatuor rerum notis ſpectari, & quæ illæ. IV.
Servitutis perſonarum genera duo: uſus & uſusfructus. An habitatio, & ſervorum operæ nova genera, an ſuperiorum generum ſpecies. V.
Habitationem ſententia veterum ab uſu ædium non diſtinxit, at illa a Iuſtiniano repudiata. L. antiquitas 14. *verſic.* quam deciſionem C. de uſufr. *vulgata lectio improbata.* VI.
Item operæ ſervorum pertinent ad uſumfructum. Interpretatio L. operis 5. D. de oper. ſerv. VII.
De habitationis, & operarum differentia ab uſufructu cæterarum rerum. VIII.

I. Generibus ſervitutum cognitis, quæ extremo libro ſuperiore poſuimus: deinceps ſeparatim & diſtincte de utroque, uti a nobis poſita ſunt, hoc libro & ſequenti dicemus. In his primum fuit, quod perſonarum, ſeu perſonæ ſervitus appellatur. Perſonæ ſervitutem eſſe diximus, quæ in re aliena conſtituta, debetur non alii rei, ſed perſonæ. Ea quæ ſit, videamus.

II. Et perſonæ deberi intelligitur, quæ alicui data, eius ſolius cauſſa conſtituta eſt: aut ſi alterius, non certe eius, cui ſervitus poſſit acquiri, ut efficiatur eius propria. Omnes ſervitutes, etiam [1] quæ prædiorum ſunt, conſtituuntur ab initio alicui perſonæ, ut eas habeat ſive per ſe, ſive per prædium ſuum, cui acquiruntur. *L. 1. D. commun. præd.* Neque tamen omnes continuo perſonæ, ut diviſio ſuperior indicat. Quæ igitur hic notio eſt huius rei diiudicandæ cauſſa? Duorum alterum perſonæ eſſe oſtendet: aut aperta conventio, aut natura ſervitutis conſtitutæ. Si qua ſervitus nominatim ita conſtituta eſt, ut ſit ſolum eius, cui conſtitui-

1) Omnes ſervitutes prædiales poſſunt fieri perſonales, & plures etiam ut in *L. 8. de ſerv.* de quo *Lib. ſeq. C. 1. N. 6.* vid. & *ibid. C. 8.* non autem viciſſim, quia quæ uſui poſſunt eſſe rebus, eadem & perſonis, non contra, Vult. *in pr. I. de Uſufr. n. 3.*

tur: nemo dubitabit, quin ſit eius ſolius ex conventione & voluntate conſtituentis, *L. non ſolum*, *§. tale*, *D. de lib. leg.* *L. pecoris*, 4. *D. de ſervit. ruſt. præd.*

III. At finge de eo nihil conveniſſe aperte, ac ſervitutem alii rei meæ poſſe eſſe utilem. Hæc erit regula, ut ſi ſervitus conſtituta poteſt eſſe prædii mei, ſit prædii: ſi non poteſt, tum ſit perſonæ. *L. veluti*, *D. de ſervit. ruſt. præd.* Itaque in re dubia an ſit aliqua ſervitus perſonæ, necne; tum plane intelligetur, cum cognoverimus, quæ ſit prædii. Nam ſi prædii eſt, conſtat non eſſe perſonalem ex diviſione: Si non eſt prædii, & eſt ſervitus, non poteſt alia relinqui, quam quæ ſit perſonæ.

IV. Etſi autem de ſervitute prædii ſuo loco dicendum eſt: tamen ne qua hinc naſcatur incertitudo in eo de quo agitur, paucis indicabo eas notas, ex quibus intelligi poſſit ſervitutem non eſſe prædii: unde ſtatim colligatur, ſi ſervitus eſt, eſſe ſolum perſonæ. Hæ notæ ſunt quatuor. Prima, ſi nobis conſtituta ſit ſervitus in re aliena mobili, veluti, ſi relictus ſit uſus pecorum, veſtimentorum, navis, & ſimilium. Secunda, ſi ſit conſtituta ſervitus in prædio quidem alieno, ut fundo vel ædibus, ſed ei qui aliud prædium non habeat. Tertia, ſi in prædio, & ei qui prædium habeat; ſed non vicinum. Quarta, ſi non prædii vicini noſtri cauſſa, aut non ſolius: exempla in *d. L. veluti*, *de ſervit. ruſt. præd.* Quæ ideo dicimus, quia ut ſit ſervitus prædii, tot res concurrere oportet: ut ſit in prædio: ut vicini alicuius prædii cauſſa ita conſtituta: ut extra prædium ad nullam rem præterea ſit utilis. Quæ ex ſuo loco plenius expoſita ſumi debebunt. Ad huius generis explicationem poteramus uti diviſione, quæ ſequitur: ut diceremus ſervitutem perſonæ eſſe uſumfructum, & uſum, ac deinde quænam eſſent ſingula, oſtendere. Sed hæc ratio eſt incertior, propterea quod poteſt eſſe uſus, ut tamen ſit prædii ſervitus. Nam & prædiorum ſervitutes, ut iter, via, aquæductus, conſiſtunt in uſu. *L. viæ*, *D. de ſervit.* Ac ſæpe uſu alicuius rei nobis conſtituto in alieno, dubitatur, utrum ſervitus conſtituta ſit perſonæ, an prædii, ut in *d. L. veluti*, *de ſervit. ruſt. præd.* Ideo ſuperiore illa notione uti ut certiore viſum eſt, qua ex remotione alterius generis, quod certum eſſe poteſt, quæ ſit ſervitus perſonæ, ſtatim intelligitur.

V. Servitutis perſonæ genera duo, [2] uſusfructus, & uſus. *L. 1. D. de ſervit.* *L. ſi quis unas*, *D. de uſufr.* Legimus tamen in hoc numero habitationem, & operas ſervorum. De habitatione. *Tit. de uſu & habitat. D. & Inſt.* de operis ſervorum *Tit. de oper. ſervor. D.* Verum hæc effectu nova genera non ſunt; ſed ſuperiorum ſpecies. De quibus ideo ſeparatim quæſtio & tractatio iniecta eſt a veteribus, quod dubitaretur, ad utrum genus illa referri oporteret ex ſuperioribus, & quod nonnihil diſſimilis eſſet & natura interdum, & amiſſio. Cæterum, ut dixi, ſpecies eæ fuerunt uſusfructus aut uſus. Utrius igitur? Et de habitatione obtinuerat ante Iuſtinianum plurium ſententia, habitatione alicui relicta aut conſtituta, eo verbo nihil niſi uſum ædium contineri: ut effectu idem eſſet uſus ædium & habitatio. *L. ſi quis unas*, 32. *de uſufr.* *L. ſi habitatio*, *D. de uſ. & habit.* Iuſtinianus, ea ſententia repudiata, habitationem alicui conſtitutam ſic accepit, ut placeret potius ea appellatione [3] uſumfructum ædium datum videri: ſcilicet, ut is cui conſtituta eſt habitatio, non tantum ipſe uti poſſit ædibus, & inhabitare, ſed & aliis locare. *L. cum antiquitas*, *C. de uſufr.* Quorum prius eſt proprium uſus, alterum uſusfructus. *§. 1. Inſt. de uſ. & hab.* Loquitur quidem Iuſtinianus initio de habitatione legata. Sed ut intellige-

2) Potiores tamen hæ ſpecies, non ſolæ. Nam tot poſſunt perſonalium conſtitui ſpecies, quot in univerſum ſunt ſervitutum, cum quicquid prodeſſe poteſt rebus, id & perſonis, vid. Vult. *in pr. I. de Uſufr. n.* 3. Sed videtur noſter hic reliquas ſpecies ſub uſu comprehendere velle.

3) Immo idem dicit nec uſum, nec uſumfructum eſſe, ſed proprium quoddam ius, *§. pen. I. de uſu & hab.* Et habitationem eſſe ius anguſtius uſufructu ſentit Hotom. *ad L. 11. & L. 13. C. h. t.* Idem 3. *Obſ.* 23. Habitationem nec eſſe ius aut ſervitutem, nec actum habitandi, ſed locum gratis, ut ſeparetur a mercenaria habitatione, ex qua actio locati; ad tempus, ut diſcernatur a precario, habitandi cauſſa conceſſum, per *L. 12. Quib. mo. uſ. am. L. 20. §. Caio, 2. de inſtr. leg. L. pen. de ſupell. leg. L. 17. pr. de præſc. verb.* Habitationem, quæ iuriſgentium eſt, non eſſe iure civili confirmatam, ideoque capitis deminutione non amitti, neque non utendo, quia illa amiſſio uſucapionis civilis pars quædam eſt. Quia autem cui is locus conſtitutus eſt ius habet, quodammodo ius dici poſſet in *d. §. pen. I. de uſu & hab.* Idem ad *d. §. pen.* Habitationem non in dominio, ſed obligatione conſiſtere, ut heres teſtamento damnatus, vel ſtipulationis reus præſtet habitationem. Uſus non niſi in perſonam civilem tranſit, & ſervo legatus domino acquiritur: Habitatio vero conſtituitur ut homini, nec domino acquiritur *L. 9. Quan. di. leg. ced.* Idem *Ill. Q.* 41. *pag.* 386. Sed Io. del Caſtillo *de Uſuf. n.* 18. *& ſeqq.* Hotomannum in eo quod ſervitutem eſſe negat, refellit, eandemque tertiam ſpeciem ſervitutis perſonalis, vel, ut ipſe vocat, miſtæ conſtituit, Cæpolla *de Serv. urb. C.* 6. Sane quod habitatio ſit uſusfructus neutiquam probat. *d. L.* 13. Nam duo ibi diverſi caſus. (1) Quando habitatio ſimpliciter legatur, ubi hoc tantum deciditur non uſumfructum cenſeri relictum, ſed locationis licentiam eſſe fructuario. (2) Quando uſusfructus habitationis legatus. Hoc caſu verus uſusfructus conſtitutus, ædium videlicet ſeu domus. Eo ipſo enim quod dixit teſtator uſumfructum, oſtendit ſe per habitationem intelligere ædes ipſas; alias ſervitutem ſervitutis conſtitueret: quæ ipſa ratio, opinor, dubium illic movit.

ligeremus conſtitutionem eſſe de habitatione quovis modo conſtituta, clauſit ille conſtitutionem his verbis: *Quam deciſionem locum habere cenſemus in omnibus modis, quibus habitatio conſtitui poteſt*.

VI. Scio & locum ita legi, in omnibus locis, quibus habitatio conſtitui poteſt. Sed & priorem ſcripturam Accurſius agnoſcit, & poſterior probari non poteſt. Nam de locis, in quibus habitatio conſtitui poſſet, nec fuit olim ulla dubitatio, nec eſſe potuit: cum conſtaret omnia loca, quæ in orbe Romano eſſent, iure publico Romanorum eodem uti. De modis conſtituendi uſusfructus controverſia eſſe potuit, dum hoc dubitatur, an quod Iuſtinianus in conſtitutione illa ſua de habitatione legata conſtituerat, etiam ad habitationem inter vivos conſtitutam recte transferretur. Ideo de modis omnibus opportune ſubiecit, quod valeret ad amovendam omnem hanc dubitationem.

VII. De operis [4] ſervorum diſerte ſcriptum eſt in *L. 3.* & *L. 4. D. de oper. ſerv.* & in operis ſervi fructum, id eſt, uſumfructum conſiſtere: & retro in fructu, ſeu uſufructu ſervi eſſe operas. Nam quod in *L. pen. D. eod.* ita ſcribitur, *operis ſervi legatis* [5] *uſum datum intelligi*: ſic accipi debet, etiam uſum datum intelligi, ut ſit ſententia, operis legatis non tantum poſſe fructuarium locare ſervi operas, & propter has percipere mercedes, quod traditum erat in *L. 3. eod. tit.* ſed poſſe etiam ipſum uti operis, ut nullus mercedum fructus ad eum redeat. Ita & habitatio, & operæ ſervorum nihil ſunt, niſi uſusfructus, illa ædium; hæ ſervorum.

VIII. Et hoc, cum de iure conſtituendi, deque iure utendi fruendi in his rebus quæritur. Alioqui & natura harum rerum, & amiſſio nonnihil proprium habet, diſſimile a reliquarum rerum uſufructu. Nam operæ individuæ ſunt: non ut rerum corporalium uſusfructus dividuus. *L. 1. §. 1. uſusfructus, D. ad leg. Falc.* ut proinde operæ pro parte diviſa aut indiviſa conſtitui non poſſint. Amiſſio autem earum rerum hoc habet, ut non per omnia iiſdem modis amittatur, quibus cæterarum rerum uſusfructus. Sed neque ſuperior natura; neque hæc amittendi ratio quidquam facit, quominus & habitatio & operæ iiſdem modis conſtitui poſſint, quatenus fert earum natura, & conſtitutæ, idem ius utendi fruendi habeant, quod uſusfructus cæterarum rerum. Deinceps igitur genera ſuperiora duo, ordine exſequamur: in quibus & ſpecies iſtas duas contineri intelligemus, quarum ſi quid erit proprium, cum ad ſuum locum ventum erit, ſeparatim dicetur; de quo plura, & opportunius in uſusfructus amiſſione.

4) Sed Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 37. de Uſuf.* operas has uſumfructum eſſe negat. (1) Quia diſtincti tituli. (2) Separantur in *d. L. 37.* (3) Magis accedunt ad uſum, quia individuæ. (4) Non iidem amittendi modi: & Govean 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 2. Uſumfructum eſſe ius perſonale, non item operas, ſed illas magis ex re quæ eas debet ſpectari. Hinc eſſe quod uſusfructus capitis deminutione pereat, quia perſona mutatur. Operæ non item, uti nec non utendo; quia etſi non exigo, non tamen eo minus ſervus illas debet. Collocatum autem eſſe, *tit. de op. ſerv.* poſt *titulos de Uſufr.* propter affinitatem. Hotom. *Ill. Q.* 41. nec operas has ſervitutes eſſe per *L. 1. de op. ſerv.* quia facti ſunt, nec vindicari poſſe, ſed dominum ſervi actione perſonali ex contractu ad eas præſtandas obligari, ac Coraſ. *in Rub. de ſerv. n.* 26. Et perplures uſusfructus & operarum differentias refert Cuiac. 8. *Diſſ. Modeſt. ad L. 32. de R. V.* vid. & Io. del Caſtillo *de Uſufr. C.* 50.

5) Govean. 1. *Var. Lect.* 7. *n.* 1. & ad *L. 1. §. 9. ad L. Falc.* legit in d. *L.* 4. pro *uſum uſumfr.* quod ita in veteribus manu ſcriptis repererit, quod diſplicet Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 37. de Uſufr.*

Digitized by Google

C A P. II.

De uſufructu: Quid ſit; & in eo expoſita veterum definitio. Præcipue quid ſit illud, uſumfructum partem dominii non eſſe; & rurſum partem dominii obtinere. Tum quam recta definitio, quæ & contineat omnem uſumfructum, nec aliis ullis rebus conveniat.

Uſusfructus definitio, eiuſque partim explicatio. I. II. V. VI.
Ius *quid ſignificet in definitione uſusfructus*. II.
Illius ſignificatio ab Accurſii & Interpretum opinione atque errore vindicata. III. IV.
Uſusfructus abſolute & ſine adiuncto appellatus, dominii partem, ſeu cauſam non habet. VI.
Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X. XI. XII.
Quo ſenſu Paulus affirmet in L. uſusfructus 4. D. de uſufr. *partem dominii eſſe* in multis caſibus *uſumfructum*. *Qui* caſus *ex Paulo intelligendi*. X.
Exponitur L. in venditionem 8. *princ.* D. de reb. auct. iud. poſſid. XI.
Vindicatæ ſuperioris definitionis & illuſtratæ ſumma & concluſio. XIII.
Non poteſt uſusfructuarius rem, qua utitur fruitur, aut conſumere, aut commutare in aliam formam. Et quare. XIV.
Propoſita definitio uſusfructus accurata, & propria. XV.
Contraria diluuntur. XVI.

I. USusfructus ſic definitio eſt, tradita in *L. 1. D. de uſufr. & Inſt. eod. tit.* in princ. ut ſit ius alienis utendi fruendi rebus, ſalva rerum ſubſtantia.

II. Eſt ius. Iuris verbum adiunctum faciendi verbo in uſu perpetuo iuris poteſtatem ſignificat: ut cum dicimus ius dandi, ius ſtipulandi, ius retinendi, ius perſequendi, & alia infinita, in quibus omnibus intelligi conſtat poteſtatem iſta faciendi, *Inſt. de ſtip. ſervor.* in princ. *L. 3. §. bonorum, D. de bon. poſſ. L. nihil, D. de obl. & act.* Quare & hoc loco ius utendi fruendi nihil aliud eſt, quam poteſtas utendi fruendi. Sed poteſtas iure tributa, ut ubique in ſignificatione iſta iuris intelligere debemus: unde & iuris nomen: ubi continens poſitum pro contento: ius quod hanc poteſtatem continet, pro poteſtate quæ iure continetur, quia iure data aut confirmata, ut initio de ſignificatione verbi iuris expoſuimus.

III. Illud cavendum, ne cum Accurſio & vulgo interpretum ſic accipiamus, ut ius [1] hic ſit ſervitus. Scio ita interpretari eſſe quam expeditiſſimum ad multa ſtatim diluenda, quæ aliter interpretantibus videntur hanc definitionem infirmare, de quibus dicam poſtea, quia de his expoſita definitione facilius iudicari poterit. Sed quid refert, ſi interpretatio ſignificationi verborum convenire non poteſt? Quid enim, an ius ſignificat ſervitutem? Servitus quidem eſt ius, audio: & uſusfructus eſt ſervitus. Vere utrumque. At non e converſo ius eſt ſervitus. Quam multa enim iura, quæ non ſunt ſervitutes? ut ius emphyteuticum, ſuperficiarium, ius poſſeſſoris bonæ fidei, ius pignoris, actio, & alia innumera. Denique ius generis nomen eſt; huius generis ſpecies ſervitus. Nunquam generis nomen ſic accipitur, ut unam certam ſpeciem ex eo genere ſignificet. Homo eſt animal: non ideo animal ſignificat hominem, poteſt enim eſſe brutum. Iter eſt ſervitus: at non contra ſervitus ſignificat iter, cum ſint aliæ ſervitutes innumeræ. Iſta ratione etſi uſusfructus ius eſt, non tamen ideo ius interpretabimur ſervitutem, cum ſint innumera iura, quæ non ſint ſervitutes. Sed & adiuncta *ſervitutis* verbum in hac definitione aperte repudiant. Non enim recte diceretur ſervitus utendi fruendi, quoniam ſervitus [2] eſt in ſerviente: ipſum autem factum utendi fruendi actio eius cui ſervitus debetur: actio plane contraria ſervituti. Otioſum eſſet & illud: *alienis rebus*,

1) Vult. 1. *Iuriſpr.* 63. *n.* 16. (qui & ad *pr. I. h. t. n.* 7. rectius genus proximum, ſervitus perſonalis, in definitione aſſumit) P. Buſius *ad L. 1. h. t. n.* 1. Sed & facultatem exponit Mynſ. *in pr. I. h. t. n.* 3. Aliter Vacon. 1. *Declar.* 20. cui ius hic & in omni definitione, quotieſcunque ponitur, ſignificat conſtitutionem & ordinationem quandam civitatis. Nullo autem modo probanda quorundam diviſio in uſumfructum iuris & facti, quam refert & refellit Io. del Caſtillo *Quotid. de Uſufr. C.* 2.

2) Ita & Tutaminus æque Accurſium reprehendens, *Epiſt acad.* 4. Servitus, ait, eſt per modum paſſionis ex parte fundi ſervientis, non per modum actionis ex parte eius cui debetur.

bus, quoniam qui ſervitutem dixiſſet, ſatis comprehendiſſet de re aliena, cum ſervitus hoc ipſo quod ſervitus eſt, non poſſit niſi in re aliena eſſe, ut ante diximus.

IV. Quod ſi hæc interpretatio nobis cavenda eſt, haud ſcio, an etiam magis, ne cum aliis ius hic interpretemur ius per ſervitutem quæſitum. Nam ſi dicimus verbo *iuris* hoc ius tantum ſignificari, nihil dicimus aliud, quam illud ipſum Accurſii, verbo *iuris* ſignificari ſervitutem. Quid eſt enim ius per ſervitutem quæſitum, niſi ſervitus? nam hæc tunc dicitur impoſita, cum dominus ius ſuum deminuit, & alterius auxit. *L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. de op. nov. nunt.* Aut ſi hoc non placet, illud ſaltem conſtat dicere nos, hic verbo *iuris* ſignificari ſpeciem hanc iuris, non aliam. Hoc autem æque vitioſum, atque illud, ut ante oſtendi. Non enim ius magis ſignificat unam aliquam ſpeciem iuris aliam, quam ſervitutem. Immo ideo non ſignificat ſervitutem, quia generis verbum non ſignificat ſpeciem unam potius quam aliam. Quod ſi de ſignificatione verbi hoc fatemur: ſed dicimus verbo iuris addi debere hanc circumſcriptionem, ut ſit ius per ſervitutem quæſitum: quid aliud quam aperte agnoſcimus vitium definitionis, cui hæc circumſcriptio & differentia defuerit ad exprimendam naturam uſusfructus? Sed non eſt laborandum in ſignificatione verbi nota. In re vero nihil periculi definitioni, quominus recta ſit, etſi ſuperiorem illum uſum verbi *iuris* hic ſequemur, ut dicatur uſusfructus ius, id eſt, poteſtas utendi fruendi iure tributa, nec quidquam de ſervitute addiderimus, aut ſignificaverimus, ut poſtea dicetur. Notandum, uſumfructum ius dici, ut declaretur hoc verbo non ſignificari fructus fundi, qui ſunt corporales: ſed ius horum fructuum percipiendorum; rem incorporalem videlicet. *Inſt. de reb. corp. & incorp.*

V. *Utendi fruendi*. Uti re eſt per ſe eam tractare & exercere ad eum uſum, ad quem natura parata eſt. Frui eſt, quantum commodorum ex re aliqua percipi poteſt, tantum capere etiam ad compendium, non ad neceſſitatem ſolum, ut exponetur pluribus in ea parte, in qua quæretur de iure fructuarii. Utrinſque rei proprietatem uſusfructus continet: uſus alteram dumtaxat.

VI. *Alienis* [3] *rebus*. Recte. Hic enim definitur uſusfructus, qui abſolute ita dicitur, ideſt, qui ſolus eſt, ac per ſe conſiſtit. Hic eſt ſervitus. *L. 1. de ſervit.* Nulla autem ſervitus, niſi in re aliena, cum res ſua nulli ſerviat, ut ſupra docuimus in definitione ſervitutis. *L. uti*, *D. ſi uſusfr. pet.* *L. in re*, *D. de ſervit. urb. præd.* Ex hac parte natum eſt illud, uſumfructum [4] partem dominii non eſſe. *L. recte*, *D. de verbor. ſignific.* Efficitur enim hoc modo: Si uſusfructus pars dominii eſt, erit in re noſtra, non in aliena. Dominium enim in re noſtra: eo & dominii pars omnis, quoniam in toto & pars continetur. *L. in toto & pars*, *D. de reg. iur.* At uſusfructus in re noſtra non eſt, ſed in aliena, ut hæc definitio oſtendit, & efficit natura ſervitutis. Uſusfructus igitur dominii pars non eſt. Atque hinc rurſum illa definitio eiuſdem *L. recte*, *de verb. ſignificat.* eum, qui proprietatem fundi aut alicuius rei habet, in ſolidum dominum eſſe rei, quanvis uſusfructus ſit alienus. Conſequens plane ſuperiori. Neceſſe eſt enim eum in ſolidum dominum eſſe, cui nulla pars dominii abeſt. At cui domino abeſt uſusfructus, ei nulla pars abeſt dominii, ſi quidem uſusfructus dominii pars non eſt. In ſolidum igitur dominus is, qui proprietatem habet, quanvis uſufructu alieno conſtituto, quæ & Pauli collectio eſt in *d. L. recte*. Valet hæc definitio ad interpretationem earum legum, & partium iuris, quibus aliquid conſtituitur de dominis, aut de rebus propriis vel alienis. In quibus omnibus dominum acceperunt veteres ex hac definitione etiam eum, qui nudam proprietatem habet: rem propriam etiam eam, in qua proprietatem habemus, deducto uſufructu. *L. 1. §. 1 D. de ſen. Silan.* *§. proprius*, *§. alienus*, *Inſt. de her. inſt.*

VII. Sed habet hæc pars nonnihil difficultatis. Atque adeo quot ſunt ſententiæ ſuperiores de hac parte, quas modo retulimus, tot aliis locis videntur proponi contrariæ. Dicimus uſumfructum eſſe ius utendi fruendi alienis rebus: immo & noſtris. Duplex eſt enim uſusfructus: quidam [5] coniunctus cum proprietate; qui-

3) Per voculam, *rebus*, dicit Vult. *in pr. I. h. t. n. 12.* excludi ſervitutes prædiales, in quibus non utimur re, ſed ſervitute, itinere, via &c.

4) Alia *d. L.* 25. expoſitio eſt Gœd. *ibid. n. 8. & ſeq.* Cuiacius vult IC. illic reſpicere ad formulam vindicationis: Fundum Sabinianum ex iure Quiritium meum eſſe aio, quam ſola proprietas pariat. Quod convenire non puto.

5) *L. 4. in fin. Si uſ. pet. L. 25. de Uſuf. leg. L. 126 §. 2. de V. O.* Atque hinc vulgata DD. diviſio uſusfructus in formalem & cauſſalem, qui cum proprietate, ut ſua cauſſa coniungatur. Quam & probat Cuiac. 5. *ad Afric. ad L. 36. §. 1. h. t.* iuxta quem Uſusfructus duplex. (1) Nudus qui eſt ſervitus perſonalis. (2) Qui plenam proprietatem comitatur, qui ſervitus non eſt. Ille formalis, quod

quidam a proprietate ſeparatus. Coniunctus is, quem habet dominus: ſeparatus is, quem habet, qui dominus non eſt. Indicantur hæc genera in *L. ſi cum argentum*, *§. pen. D. de exc. rei ind. L. uti*, in pr. *D. ſi uſuſfr. pet.* Sane qui eſt a proprietate ſeparatus, quem habet, qui dominus non eſt, non poteſt, quin habeatur in re aliena. At eum quem habet dominus, ubi tandem habere poſſit, niſi in re ſua? Habet vero dominus utendi fruendi ius re ſua: & is quidem maxime, ut quis ius habeat de re ſtatuendi ut velit. *L. in re C. mand.* Hic uſusfructus, ut ſuo loco dixi, dominii pars eſt. Emolumentum enim rei continet: atque hoc emolumentum pars dominici iuris. *L. Mævius*, 66. *§. pen. L. cum filius*, 76. *§. dominus*, *D. de leg.* 2. Ubi autem dominium rei noſtræ, niſi in re noſtra? Hinc ergo incidere videtur definitio in certam reprehenſionem. Nam ſi dicimus uſumfructum omnem eſſe in rebus alienis, in promptu reprehenſio eſt ex ſuperiore diviſione: ſin volumus quemdam ſolum, & eum dicimus, qui eſt a proprietate ſeparatus: fit vitioſa definitio, quæ minus continebit, quam definitum, cum definiatur generaliter uſusfructus: cuius tamen ſpecies una non ſit in alienis rebus.

VIII. Sed ne moveamur hac obiectione, faciet uſus huius verbi cognitus. Habet dominus in re ſua ius utendi fruendi. Sed hoc ius non dicitur uſusfructus, niſi cum adiuncto, ut dicatur uſusfructus, quem habet is, qui habet proprietatem: ut in *L. uti*, in princ. *D. ſi uſuſfr. pet.* uſusfructus, quem habet quis ex eadem cauſſa, ex qua fundum habet; uſusfructus, qui iure proprietatis meus eſt; in *d. L. ſi cum argentum*, *§. pen. de exc. rei. ind.* uſusfructus, qui emolumentum rei noſtræ, qui portionis rei inſtar obtinet, ut *d. L. Mævius*. 66. *§. pen. L. cum filius*. 76. *§. dominus*. *D. de legat.* 2. Simpliciter autem cum nominatur uſusfructus, ut in tota hac quæſtione de ſervitutibus, & in tractatione de rebus corporalibus, & incorporalibus, is intelligitur in uſu perpetuo iuris, qui eſt a proprietate ſeparatus. *Uti frui*, inquit Ulpianus, *ius ſibi eſſe ſolus poteſt intendere, qui habet uſumfructum*. d. L. uti, *D. ſi uſufr. pet.* At ibidem continenter ſubiungit, dominum fundi id non poſſe; & rationem reddit: *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius ſeparatum non habet*. Non potuit ſignificantius dicere, uſumfructum, quem habet dominus, non eſſe, aut certe non intelligi eum, quem prius uſumfructum ſimpliciter nominarat. Idem valet, quod uſusfructus hic, qui ſimpliciter nominatur uſusfructus, ubique dicitur eſſe ſervitus, ſeu pars, id eſt ſpecies ſervitutis. *L. 1. D. ſerv. L. recte*, *D. de verb. ſignif. L. 1. §. ſi uſusfructus*, *D. ad leg. Falcid.* Hoc enim de uſufructu cum proprietate coniuncto dictum accipi non poteſt, cum res ſua nemini ſerviat. Cur ergo uſusfructus verbo ſimpliciter enuntiato hunc ſolum intel-

quod per ſe conſiſtat: hic cauſſalis, quod ex proprietatis cauſſa competat, ſive ei immiſtus ſit. Ille iure ſervitutis: hic iure proprietatis meus: illum transfero in heredem: hunc non item. Detractio facit formalem qui erat cauſſalis, ut plerumque ortus unius eſt alterius interitus, & idem ad *L.* 88. *de V. O.* Eodem ſenſu Hot. 3. *Obſ.* 22. & *ad L.* 27. §. 8. *de pact.* & *ad L.* 2. *C. de Uſuf.* Uſumfructum alium facit mulum, quem DD. cauſſalem: & merum, quem formalem vocant. Curt. 3. *Coniect. ad Viv.* 13. alium conſiſtere in parte quem habet dominus; alium in iure quem habet fructuarius. Sed diviſionem illam DD. reprobant, Coraſ. 5. *Miſc.* 3. & ad *L.* 1. *de ſervit. n.* 3. Baro *ad pr. l. h. t.* quaſi vero, inquiens, ex nulla cauſſa utatur fruatur, qui dominus non eſt, Alciat. *in L.* 25. *de V. S. n.* 2. Coonan. 4. *Comm.* 3 Duar. in *L.* 126. *de V. O.* Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. *n.* 5. quia quando ad proprietatem vertitur, extingui dicitur. A. Fab. 15. *Coniect.* 8. *p.* 191. & Vult. *in pr. l. h. t. n.* 10. Adſtruunt eamdem Gomez. 2. *Reſol.* 15. *n.* 2. *&* 3. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 1. *n.* 9. *&* 10. fuſe Ioan. del Caſtillo *Contr. quotid. de Uſufr. C.* 1. ubi *n.* 16. *& ſeq.* plures huius ſententiæ aſſeclas recenſet. Sane cum hi ipſi cauſſalem, quem vocant, ſervitutem non eſſe concedant, Pinel. *d. n.* 9. ac definitionem uſusfructus illi non convenire, Caſtillo *d. C.* 1. *n.* 34. *& ſeqq.* pro genuina generis in ſpecies diviſione venditari non poterit, cum quæ, genere remoto, diſſident, propinquiori convenire nequeant. Erit igitur vel diviſio nominis vel qualiſcunque rerum, inter quas ſimilitudo aliqua. Alciati *ad d. L.* 25. *n.* 2. diſtinctio, verbis novis, nec omnino tamen abſurdis. Buſius *ad L.* 1. *h. t. n.* 7. quæ licet ſi ad vivum reſecetur, vana forte ſit, docendi tamen gratia non omnino explodenda, ut Eman. Soarez *in Annotat ad* Gomez. 2. *Reſol.* 15. *lit. B.* Quam fateor non concinnas plane eſſe illas voces, convenientiuſque uſum-

fructum ſeparatum & coniunctum dici, quam formalem & cauſſalem. Nimis autem confidenter A. Faber *ſupra d. loc. p.* 192. nullam uſpiam eſſe proprietatem, quæ uſumfructum habeat coniunctum, quia eo ipſo quod ſeparatur, fiat uſusfructus qui antea non erat. Quæ tum legibus aperte convelluntur *d. L.* 21. *§. pen. de exc. rei ind. & ſimil.* & eo ipſo quod proprietas nuda dicitur, cui uſusfructus abeſt, *§.* 1. *& ult. I. L.* 71. *D. h. t. L.* 19. *de Uſufr. leg.* & plena quæ ab uſufructu non ſeparata *L.* 78. *pr. de Iur. dot.* tum nec ſecum ipſa conveniunt. Separatio enim ex vi verbi, eſt rerum, quæ antea coniunctæ, ſeiunctio & ſegregatio. Unde & deduci & detrahi dicitur *L.* 6. *h. t. L.* 4. *Si uſ. pet. L.* 19. *L.* 26. & paſſim *de Uſ. leg.* & abſcedere *§.* 1. *L.* 3. *§.* 2. *D. h. t.* Fateor ſeparatione fieri uſumfructum qui antea non erat. Fit nimirum ac producitur ſervitus per ſeparationem, ac per eamdem interit is, qui dominii pars erat ac emolumentum. Dum unus ſeparatur (qui autem quæſo ſeparari poſſet aut diceretur, ſi antea nullus exſiſteret, quomodo ei quod nondum eſt quidquam tribui?) alter conſtituitur, & ita, quod & in rebus naturalibus accidit, interitus unius, cauſſam dat originis alteri. E converſo ſervitus uſusfructus quando extinguitur, ad proprietatem redire & cum ea conſolidari dicitur. Non magis intelligo, quomodo conveniant, quæ Faber *d. loc. p. praeced.* ſcribit: Uſumfructum, qui formalis vulgo & eum qui cauſſalis uſurpatur, idem ius eſſe, ſed differentem habens rationem, quod priori caſu ſit ius fundi & ſervitus, poſteriori ius dominii. Nam quomodo res genere variantes ſpecie vel numero eædem? Quomodo ius idem, cuius non cauſſæ tantum diverſæ, ſed & effectus, cum illud fructuario confeſſoriam actionem: hoc domino negatoriam pariat &c. Nec iuvatur Faber *L.* 63. *h. t.* quia illi, ſatis occurritur. *C. ſeq. N.* 7. nec *L.* 78. *pr. de I. dot.* quia illi ſatiſfacit Caſtillo *ſupra d. C.* 1. *n.* 43.

intelligimus, qui eſt a proprietate ſeparatus, cum fateamur & dominum in re ſua utendi fruendi ius habere? Id non tam verbi ſignificatio facit, quam enuntiatio. Cum enim ſimpliciter nominatur uſusfructus, apparet eum dici, qui id ipſum eſt ſolum, quod dicitur, id eſt, nihil niſi uſusfructus: qui ſolus eſt: qui idem per ſe conſiſtit; quales ſunt res, quæ in iure conſiſtunt; quo in genere eſt hic uſusfructus, de quo loquimur. *Inſt. de reb. corp. & incorp.* Atque is eſt, quem nunc & in ſuperiore diviſione, & in hac definitione appellari videmus. Hic vero, etſi nihil adiiciatur aliud, non alius intelligitur, quam qui eſt a proprietate ſeparatus. Cum porro ſeparatus a proprietate haberi non poſſit, niſi ab eo, qui dominus non eſt: perſpicuum eſt omnem eum, qui ſimpliciter uſusfructus dicitur, eſſe in rebus alienis: quapropter & hunc non eſſe dominii partem. Neque aliter nominantur cæteræ ſervitutes, ne quis forte iſtum uſum in verbo uſusfructus repudiet, ut affirmatum ſine exemplo. Ut enim dominus ius habet re ſua utendi fruendi: ita non minus ius per ſuum prædium eundi, agendi, aquamve ducendi ad aliud prædium ſuum. Hæc tamen iura domini non vocantur iter, actus, via, aquæductus. Tunc ſolum his appellationibus utimur, cum iſta per ſe habentur ſine alio proprietatis iure, quod non fit, niſi in alieno. Unde & cum iſta definiuntur ius eundi, agendi, aquamve ducendi per fundum alienum, ut fit nominatim in aquæductu in *L. 1. D. de ſervit. ruſtic. prædior.* nemo putat his adverſari, quod & dominus eadem iura obtinet in re ſua; quoniam hæc non ſunt illa, quæ ſimpliciter dicuntur iter, actus, via, aquæductus. Id & in verbo uſusfructus fieri intelligendum eſt, cum ſimpliciter nominatur.

IX. Hic occurritur, probaturque uſumfructum, cum ipſum qui ſimpliciter & ſine adiuncto dicitur uſusfructus, etiam alibi dici eſſe in re noſtra: certe dicitur eſſe dominii pars, quod ſecundo loco ſupra negabamus: unde etiam fieri diximus, ut ſit & in re noſtra. Sic Pauli definitio eſt in L. 4. D. de uſufr. *uſusfructus in multis caſibus pars dominii eſt*. Non dicit, uſusfructus cum proprietate coniunctus, aut quid ſimile; ſed ſimpliciter & ſine adiuncto, *uſusfructus*; ut ſi vera ſunt ea quæ modo diximus, oporteat uſumfructum intelligi a proprietate ſeparatum. Hunc tamen ait dominii partem eſſe. Non addit per omnia: neque hoc quiſquam dicit; ſed dicit in multis caſibus. Hoc vero ſatis eſt, ut probetur & uſumfructum, qui hic definitur, ideſt, a proprietate ſeparatum, aliquem eſſe partem dominii, eoque & in rebus noſtris, non in alienis, ut hic definitur. Sed quod diximus uſumfructum, cum ſimpliciter nominatur, intelligi debere ex uſu iuris eum, qui per ſe & ſolus eſt, eoque uſumfructum ſeparatum a proprietate: ſic accipiendum eſt, niſi quæ huic tribuuntur, eiuſmodi ſint, quæ non poſſint ſeparato convenire. Quod enim dicitur a ſignificatione uſitata verbi recedi non oportere: ſemper dicitur cum hac exceptione, niſi manifeſtum ſit aliud ſenſiſſe ſcriptorem, *L. non aliter. 69. D. de leg.* 3. Quod in ſuperiore definitione accidit. Ait enim uſumfructum non ubique partem dominii eſſe: ſed in *multis caſibus*. Significat igitur non ſe de omni uſufructu hoc dicere: ſed de eo, qui ſit in illis caſibus, quos vult intelligi. Quem ergo iuſtum uſumfructum intelligemus? Et cum repugnet natura uſusfructus ſeparati, quominus de eo intelligamus; res cogit eum accipi, qui ſit cum proprietate coniunctus. Sed in eo de mente Pauli ex ipſius auctoris interpretatione cognoſcamus. Ipſe idem eſt, qui in *L. recte, D. de verb. ſignific.* (nam utrumque locum eiuſdem Pauli eſſe inſcriptiones indicant) definit uſumfructum, qui ſeiunctus eſt a proprietate, quia ſervitus eſt, partem dominii non eſſe. Et vero quia ſervitus eſt, nec poteſt ſervitus deberi niſi a re aliena, pars dominii eſſe non poteſt. Reſtat igitur, ut cum in illa altera definitione dicit ſimpliciter uſumfructum in *multis caſibus* eſſe dominii partem; hoc dicere intelligatur, in iis eſſe dominii partem, in quibus intelligi debeat non uſusfructus ſervitus: ſed uſusfructus cum proprietate coniunctus.

X. In quibus ergo ſic accipi debet uſusfructus? Dixi ſupra in dominii partibus id tum fieri, quoties de fundo dando, aut dominio transferendo, aut transferenda proprietate cautum eſt. Exempla hæc ſunt: Qui promiſit fundum, etiam uſumfructum tanquam dominii partem promiſiſſe intelligitur. *L. qui uſumfructum, 58. D. de verb. obl. L. ſi a reo, §. ſi reo, D. de fideiuſſor.* Sic & qui legavit fundum, etiam uſumfructum quanvis alienus eſſet, legaſſe. *d. L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius, 76. §. dominus, D. de legat.* 2. Unde & concurſus in uſumfructum inter eos, quorum uni fundum, alteri uſumfructum eiuſdem fundi teſtator legaverit. *L. ſi alii, D. de uſufr. leg.*

Hæc

Digitized by Google

quidam a proprietate ſeparatus. Coniunctus is, quem habet dominus: ſeparatus is, quem habet, qui dominus non eſt. Indicantur hæc genera in *L. ſi cum argentum*, *§. pen. D. de exc. rei ind. L. uti*, in pr. *D. ſi uſusfr. pet.* Sane qui eſt a prorietate ſeparatus, quem habet, qui dominus non eſt, non poteſt, quin habeatur in re aliena. At eum quem habet dominus, ubi tandem habere poſſit, niſi in re ſua? Habet vero dominus utendi fruendi ius re ſua: & is quidem maxime, ut quis ius habeat de re ſtatuendi ut velit. *L. in re C. mand.* Hic uſusfructus, ut ſuo loco dixi, dominii pars eſt. Emolumentum enim rei continet: atque hoc emolumentum pars dominici iuris. *L. Mævius*, 66. *§. pen. L. cum filius*, 76. *§. dominus*, *D. de leg.* 2. Ubi autem dominium rei noſtræ, niſi in re noſtra? Hinc ergo incidere videtur definitio in certam reprehenſionem. Nam ſi dicimus uſumfructum omnem eſſe in rebus alienis, in promptu reprehenſio eſt ex ſuperiore diviſione: ſin volumus quemdam ſolum, & eum dicimus, qui eſt a proprietate ſeparatus: fit vitioſa definitio, quæ minus continebit, quam definitum, cum definiatur generaliter uſusfructus: cuius tamen ſpecies una non ſit in alienis rebus.

VIII. Sed ne moveamur hac obiectione, faciet uſus huius verbi cognitus. Habet dominus in re ſua ius utendi fruendi. Sed hoc ius non dicitur uſusfructus, niſi cum adiuncto, ut dicatur uſusfructus, quem habet is, qui habet proprietatem: ut in *L. uti*, in princ. *D. ſi uſusfr. pet.* uſusfructus, quem habet quis ex eadem cauſſa, ex qua fundum habet; uſusfructus, qui iure proprietatis meus eſt; in *d. L. ſi cum argentum*, *§. pen. de exc. rei. ind.* uſusfructus, qui emolumentum rei noſtræ, qui portionis rei inſtar obtinet, ut *d. L. Mævius*. 66. *§. pen. L. cum filius*. 76. *§. dominus*. *D. de legat.* 2. Simpliciter autem cum nominatur uſusfructus, ut in tota hac quæſtione de ſervitutibus, & in tractatione de rebus corporalibus, & incorporalibus, is intelligitur in uſu perpetuo iuris, qui eſt a proprietate ſeparatus. *Uti frui*, inquit Ulpianus, *ius ſibi eſſe ſolus poteſt intendere, qui habet uſumfructum*. d. L. uti, *D. ſi uſufr. pet.* At ibidem continenter ſubiungit, dominum fundi id non poſſe; & rationem reddit: *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius ſeparatum non habet.* Non potuit ſignificantius dicere, uſumfructum, quem habet dominus, non eſſe, aut certe non intelligi eum, quem prius uſumfructum ſimpliciter nominarat. Idem valet, quod uſusfructus hic, qui ſimpliciter nominatur uſusfructus, ubique dicitur eſſe ſervitus, ſeu pars, id eſt ſpecies ſervitutis. *L. 1. D. ſerv. L. recte*, *D. de verb. ſignif. L. 1. §. ſi uſusfructus*, *D. ad leg. Falcid.* Hoc enim de uſufructu cum proprietate coniuncto dictum accipi non poteſt, cum res ſua nemini ſerviat. Cur ergo uſusfructus verbo ſimpliciter enuntiato hunc ſolum intel-

quod per ſe conſiſtat: hic cauſſalis, quod ex proprietatis cauſſa competat, ſive ei immiſtus ſit. Ille iure ſervitutis: hic iure proprietatis meus: illum transfero in heredem: hunc non item. Detractio facit formalem qui erat cauſſalis, ut plerumque ortus unius eſt alterius interitus, & idem ad *L.* 88. *de V. O.* Eodem ſenſu Hot. 3. *Obſ.* 22. & *ad L.* 27. *§.* 8. *de pact.* & *ad L.* 2. *C. de Uſuf.* Uſumfructum alium facit miſtum, quem DD. cauſſalem: & merum, quem formalem vocant. Curt. 3. *Coniect. ad Viv.* 13. alium conſiſtere in parte quem habet dominus; alium in iure quem habet fructuarius. Sed diviſionem illam DD. reprobant, Coraſ. 5. *Miſc.* 3. & ad *L.* 1. *de ſervit. n.* 3. Bzio *ad pr. l. h. t.* quaſi vero, inquiens, ex nulla cauſſa utatur fruatur, qui dominus non eſt, Alciat. *in L.* 25. *de V. S. n.* 2, Connan. 4. *Comm.* 3 Duar. *in L.* 126. *de V. O.* Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. *n.* 5. quia quando ad proprietatem vertitur, exſtingui dicitur. A. Fab, 15. *Coniect.* 8. *p.* 191. & Vult. *in pr. l. h. t. n.* 10. Adſtruunt eamdem Gomez. 2. *Reſol.* 15. *n.* 2. *&* 3. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 1. *n.* 9. *&* 10. ſuſe Ioan. del Caſtillo *Contr. quotid. de Uſufr. C.* 1. ubi *n.* 16. *& ſeq.* plures huius ſententiæ aſſeclas recenſet. Sane cum hi ipſi cauſſalem, quem vocant, ſervitutem non eſſe concedant, Pinel. *d. n.* 9. ac definitionem uſusfructus illi non convenire, Caſtillo *d. C.* 1. *n.* 34. *& ſeqq.* pro genuina generis in ſpecies diviſione venditari non poterit, cum quæ, genere remoto, diſſident, propinquiori convenire nequeant. Erit igitur vel diviſio nominis vel qualiſcunque rerum, inter quas ſimilitudo aliqua. Alciati *ad d. L.* 25. *n.* 2. diſtinctio, verbis novis, nec omnino tamen abſurdis, Buſius *ad L.* 1. *h. t. n.* 7. quæ licet ſi ad vivum reſecetur, vana forte ſit, docendi tamen gratia non omnino explodenda, ut Eman. Soarez *in Annotat ad* Gomez. 2. *Reſol.* 15. *lit. B.* Quam fateor non concinnas plane eſſe illas voces, convenientiuſque uſumfructum ſeparatum & coniunctum dici, quam formalem & cauſſalem. Nimis autem confidenter A. Faber *ſupra d. loc. p.* 192. nullam uſpiam eſſe proprietatem, quæ uſumfructum habeat coniunctum, quia eo ipſo quod ſeparatur, fiat uſusfructus qui antea non erat. Quæ tum legibus aperte convelluntur *d. L.* 21. *§. pen. de exc. rei ind. & ſimil.* & eo ipſo quod proprietas nuda dicitur, cui uſusfructus abeſt, *§.* 1. *& ult. I. L.* 71. *D. h. t. L.* 19. *de Uſufr. leg.* & plena quæ ab uſufructu non ſeparata *L.* 78. *pr. de iur. dot.* tum nec ſecum ipſa conveniunt. Separatio enim ex vi verbi, eſt rerum, quæ antea coniunctæ, ſeiunctio & ſegregatio. Unde & deduci & detrahi dicitur *L.* 6. *h. t. L.* 4. *Si uſ. pet. L.* 19. *L.* 26. & paſſim *de Uſ. leg.* & abſcedere *§.* 1. *L.* 3. *§.* 2. *D. h. t.* Fateor ſeparatione fieri uſumfructum qui antea non erat. Fit nimirum ac producitur ſervitus per ſeparationem, ac per eamdem interit is, qui dominii pars erat ac emolumentum. Dum unus ſeparatur (qui autem quæſo ſeparari poſſet aut diceretur, ſi antea nullus exſiſteret, quomodo ei quod nondum eſt quidquam tribui?) alter conſtituitur, & ita, quod & in rebus naturalibus accidit, interitus unius, cauſſam dat originia alteri. E converſo ſervitus uſusfructus quando exſtinguitur, ad proprietatem redire & cum ea conſolidari dicitur. Non magis intelligo, quomodo conveniant, quæ Faber *d. loc. p. praeced.* ſcribit: Uſumfructum, qui formalis vulgo & eum qui cauſſalis uſurpatur, idem ius eſſe, ſed differentem habens rationem, quod priori caſu ſit ius fundi & ſervitus, poſteriori ius dominii. Nam quomodo res genere variantes ſpecie vel numero eædem? Quomodo ius idem, cuius non cauſſæ tantum diverſæ, ſed & effectus, cum illud fructuario confeſſoriam actionem: hoc domino negatoriam pariat &c. Nec iuvatur Faber *L.* 63. *h. t.* quia illi, ſatis occurritur. *C. ſeq. N.* 7. nec *L.* 78. *pr. de i. dot.* quia illi ſatisfacit Caſtillo *ſupra d. C.* 1. *n.* 43.

intelligimus, qui eſt a proprietate ſeparatus, cum fateamur & dominum in re ſua utendi fruendi ius habere? Id non tam verbi ſignificatio facit, quam enuntiatio. Cum enim ſimpliciter nominatur uſusfructus, apparet eum dici, qui id ipſum eſt ſolum, quod dicitur, id eſt, nihil niſi uſusfructus: qui ſolus eſt: qui idem per ſe conſiſtit; quales ſunt res, quæ in iure conſiſtunt; quo in genere eſt hic uſusfructus, de quo loquimur. *Inſt. de reb. corp. & incorp.* Atque is eſt, quem nunc & in ſuperiore diviſione, & in hac definitione appellari videmus. Hic vero, etſi nihil adiiciatur aliud, non alius intelligitur, quam qui eſt a proprietate ſeparatus. Cum porro ſeparatus a proprietate haberi non poſſit, niſi ab eo, qui dominus non eſt: perſpicuum eſt omnem eum, qui ſimpliciter uſusfructus dicitur, eſſe in rebus alienis: quapropter & hunc non eſſe dominii partem. Neque aliter nominantur cæteræ ſervitutes, ne quis forte iſtum uſum in verbo uſusfructus repudiet, ut affirmatum ſine exemplo. Ut enim dominus ius habet re ſua utendi fruendi: ita non minus ius per ſuum prædium eundi, agendi, aquamve ducendi ad aliud prædium ſuum. Hæc tamen iura domini non vocantur iter, actus, via, aquæductus. Tunc ſolum his appellationibus utimur, cum iſta per ſe habentur ſine alio proprietatis iure, quod non fit, niſi in alieno. Unde & cum iſta definiuntur ius eundi, agendi, aquamve ducendi per fundum alienum, ut fit nominatim in aquæductu in *L. 1. D. de ſervit. ruſtic. prædior.* nemo putat his adverſari, quod & dominus eadem iura obtinet in re ſua; quoniam hæc non ſunt illa, quæ ſimpliciter dicuntur iter, actus, via, aquæductus. Id & in verbo uſusfructus fieri intelligendum eſt, cum ſimpliciter nominatur.

IX. Hic occurritur, probaturque uſumfructum, eum ipſum qui ſimpliciter & ſine adiuncto dicitur uſusfructus, etiam alibi dici eſſe in re noſtra: certe dicitur eſſe dominii pars, quod ſecundo loco ſupra negabamus: unde etiam fieri diximus, ut ſit & in re noſtra. Sic Pauli definitio eſt in L. 4. D. de uſufr. *uſusfructus in multis caſibus pars dominii eſt.* Non dicit, uſusfructus cum proprietate coniunctus, aut quid ſimile; ſed ſimpliciter & ſine adiuncto, *uſusfructus*; ut ſi vera ſunt ea quæ modo diximus, oportet uſumfructum intelligi a proprietate ſeparatum. Hunc tamen ait dominii partem eſſe. Non addit per omnia: neque hoc quiſquam dicit; ſed dicit in multis caſibus. Hoc vero ſatis eſt, ut probetur & uſumfructum, qui hic definitur, ideſt, a proprietate ſeparatum, aliquem eſſe partem dominii, eoque & in rebus noſtris, non in alienis, ut hic definitur. Sed quod diximus uſumfructum, cum ſimpliciter nominatur, intelligi debere ex uſu iuris eum, qui per ſe & ſolus eſt, eoque uſumfructum ſeparatum a proprietate: ſic accipiendum eſt, niſi quæ huic tribuuntur, eiuſmodi ſint, quæ non poſſint ſeparato convenire. Quod enim dicitur a ſignificatione uſitata verbi recedi non oportere: ſemper dicitur cum hac exceptione, niſi manifeſtum ſit aliud ſenſiſſe ſcriptorem, *L. non aliter. 69. D. de leg.* 3. Quod in ſuperiore definitione accidit. Ait enim uſumfructum non ubique partem dominii eſſe: ſed in *multis caſibus*. Significat igitur non ſe de omni uſufructu hoc dicere: ſed de eo, qui ſit in illis caſibus, quos vult intelligi. Quem ergo iſtum uſumfructum intelligemus? Et cum repugnet natura uſusfructus ſeparati, quominus de eo intelligamus; res cogit eum accipi, qui ſit cum proprietate coniunctus. Sed in eo de mente Pauli ex ipſius auctoris interpretatione cognoſcamus. Ipſe idem eſt, qui in *L. recte, D. de verb. ſignific.* (nam utrumque locum eiuſdem Pauli eſſe inſcriptiones indicant) definit uſumfructum, qui ſeiunctus eſt a proprietate, quia ſervitus eſt, partem dominii non eſſe. Et vero quia ſervitus eſt, nec poteſt ſervitus deberi niſi a re aliena, pars dominii eſſe non poteſt. Reſtat igitur, ut cum in illa altera definitione dicit ſimpliciter uſumfructum in *multis caſibus* eſſe dominii partem; hoc dicere intelligatur, in iis eſſe dominii partem, in quibus intelligi debeat non uſusfructus ſervitus: ſed uſusfructus cum proprietate coniunctus.

X. In quibus ergo ſic accipi debet uſusfructus? Dixi ſupra in dominii partibus id tum fieri, quoties de fundo dando, aut dominio tranſferendo, aut tranſferenda proprietate cautum eſt. Exempla hæc ſunt: Qui promiſit fundum, etiam uſumfructum tanquam dominii partem promiſiſſe intelligitur. *L. qui uſumfructum, 58. D. de verb. obl. L. ſi a reo, §. ſi reo, D. de fideiuſſor.* Sic & qui legavit fundum, etiam uſumfructum quanvis alienus eſſet, legaſſe. *d. L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius, 76. §. dominus, D. de legat.* 2. Unde & concurſus in uſumfructum inter eos, quorum uni fundum, alteri uſumfructum eiuſdem fundi teſtator legaverit. *L. ſi alii, D. de uſufr. leg.*

Hæc

Hæc ideo, quia qui fundum promittit aut legat, vult dari, eoque & dominium tranſferri, ut eſt ſignificatio dandi. §. *ſic itaque Inſtit. de act.* Semper dominium uſumfructum ad ſe trahere, & ſecum coniunctum habere intelligitur, niſi ſit a proprietate nominatim ſeparatus. §. 1. *Inſt. de uſufr.* Quoniam autem multis in cauſſis hoc evenit, non etiam in omnibus, ut ita agatur de dominio transferendo, non detracto uſufructu, & in his tantum uſusfructus ut dominii pars dominium ſequitur: inde recte dictum eſt in *multis* quoque *caſibus*, ac non omnibus, uſumfructum eſſe dominii partem.

XI. Obiicitur præterea, quod probet etiam fructuarium [6] dominum eſſe, contra quam tertio loco dicebamus effici ex his verbis definitionis. Quo probato eodem revolvemur, ut & uſusfructus ſit pars dominii, quandoquidem eum habeat dominus, ac propterea etiam habeatur uſusfructus ab uſufructuario in re ſua. Eſt autem *L. in venditionem*, in pr. *D. de reb. auct. iud. poſ.* verba hæc Ulpiani: *In venditionem bonorum etiam uſusfructus veniet, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* His verbis certum eſt agi de uſufructu a proprietate ſeparato, non ſolum quia nominatur ſimpliciter uſusfructus, & is ſine ulla circumſcriptione: ſed etiam quia oratio refertur ad fructuarium. Conſtat autem hoc verbo eum ſignificari, qui uſumfructum ſolum habet, proprietate apud alium conſtituta. *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.* Atqui de eo ipſo, qui iſtum uſumfructum habeat, ſcribit Ulpianus fructuarium quoque appellatione domini contineri: quod valet, fructuarium quoque dominum eſſe. Ut, cum dicimus appellatione rei etiam iura contineri: item appellatione pecuniæ omnes res tam ſoli, quam mobiles, & tam corpora, quam iura contineri, hoc ſignificatur & illic iura res eſſe: & hic res omnes eſſe pecuniam. *L. rei appellatione, L. rei appellatio, L. pecuniæ verbum, D. de verbor. ſignific.* & alia ſexcenta in eamdem ſententiam. Et locus ſic interpretandus eſt: *appellatione domini fructuarius quoque continetur:* intellige domini bonorum. Nam & de bonis inſtituerat ſermonem Ulpianus; & de alio domino agi nihil ad quæſtionem de uſufructu aut fructuario pertinebat. Et vero id ita accipi congruit edicto, quod illic Ulpianus interpretabatur. Edicto ita cautum erat: Qui fraudationis cauſſa latitabit, ſi viri boni arbitratu non defendetur, eius bona poſſideri vendique iubebo. *L. Fulcinus, D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Tractabat Ulpianus eam partem edicti, quæ de bonorum venditione eſt adverſus eum, qui non defenditur. Cum in ea cauſſa erunt bona, ut vendi debeant, quæritur, quid bonorum appellatione contineatur, ut ſi quid erit in bonis, vendi debeat ex edicto. Ait Ulpianus, in venditionem bonorum etiam uſumfructum venturum: quaſi diceret, non ea tantum, quæ ſunt in dominio eius, qui latitat, ſed etſi uſumfructum habuit in re aliena, etiam hunc venturum, id eſt, futurum, ut hic quoque diſtrahi debeat. Unde colligit? ex verbis edicti, ſubiicit enim: *quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* Quo ſignificat hoc verbum *domini* in edicto fuiſſe, cuius appellatione nunc utitur, ut dicat etiam huius appellatione fructuarium contineri. Atqui edictum non loquitur de domino ſimpliciter, ſed de domino bonorum. Eius, inquit, bona vendi iubebo: eius bona, id eſt, eius ea bona, quæ habet, &, ut nunc loquitur Ulpianus, quorum eſt dominus. Neceſſe eſt igitur, ut recte argumentetur ex verbis edicti, hoc eum ſumere, quod eſt in edicto, & ita orationem accipi, quaſi dixiſſet: quia appellatione domini bonorum, quem indicant verba edicti, fructuarius quoque continetur. Neque nova eſt hæc forma loquendi veteribus, ut qui rem aliquam habet in bonis, is dominus eius rei dicatur. Unde dominium uſusfructus, & dominium ſervitutum noſtrarum legimus, cum apud Iulianum in *L. 3. D. ſi uſusfr. pet.* tum apud eumdem Ulpianum in *L. ſemper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* quod & in dominii verbo ſupra monuimus *Lib. ſuperioris, Cap.* 8.

XII. Poſtremo hoc etiam adverſari aliquis dixerit, fatemur uſumfructum cum proprietate coniunctum dominii partem eſſe. An non hinc efficitur etiam ſeparatum partem dominii manere, ut ſit ſeparatus id, quod ante fuerat? Nam pars a toto diviſa nihilominus pars rei dicitur. *L. recte*, in fin. *D. de verb. ſignificat.* Non modo nullum hoc argumentum eſt, ſed potius valet in contrarium. Coniun-

ctus

6) Sæpe tamen diverſa ſunt eſſe & appellatione venire, ut in §. 2. *I. de diviſ. ſtipul.* *L. 5. pr. de V. O.* & clare patet ex collatione *L. 12. §. 1. de rit. nupt* cum *L. 6. §. 1. L. 8. de grad.* Sic nepos appellatione filii continetur, &c. Quin & in *L. 25. in fin. de V. S.* partis appellatione ſignificari dicitur, quam Donellus noſter vere eſſe partem *hoc Cap.* negat. Atque hæc videtur mihi tutior ſolutio ad *d. L. 8. pr.* quod veniat nomine domini, licet proprie non ſit fructuarius, quia manifeſta edicti ratio & ſententia id exigat. Aliter Pac. 7. Q. 12.

ctus uſusfructus dominii pars eſt, quia coniunctus. Ergo ſeparatus eiuſdem rei pars eſſe deſinet. Et ita eſt totius alicuius compoſiti natura, ut quandiu ei pars aliqua cohæret, tandiu pars eius recte dicatur: ſeparata incipit novum per ſe corpus facere, & nomen partis veteris amittit. Paries quandiu cohæret, pars eſt ædium, exemptus non iam pars eſt, quæ fuerat: ſed novum corpus extra ædes: atque adeo nec iam paries dicitur, ſed moles tantum vel ſtrues lapidum vel tignorum. Fructus pendentes pars ſunt fundi, eoque & in reſtitutionem cum fundo veniunt. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Percepti & ſeparati non amplius pars fundi: unde & bonæ fidei poſſeſſori acquiruntur. *§. ſi quis a non domino, Inſtit. de rer. diviſ.* Fundo quoque in partes certas diviſo placet unamquamque diviſam partem, non eſſe partem fundi, ſed fundum. *L. ſi quis duas, §. 1. D. commun. præd.* Denique de ipſo uſufructu, de quo agitur, aperte traditur in *d. L. ſi cum argentum, §. pen. de exc. rei iud.* uſumfructum a proprietate ſeparatum alium eſſe ab eo, qui fuit ante cum proprietate coniunctus. Nam quod dicitur in *d. L. recte*, in fin. *de verb. ſignific.* etiam diviſam partem non ineleganter partem dici, vere dicitur, & eſt ex uſu veterum atque adeo omnium latine loquentium: attamen non proprie & ex natura rei præſentis, ſed relatione facta ad id, quod prius fuit, ut dicatur pars, quæ modo pars fuit coniuncti fundi: nunc quidem diviſa eiuſdem totius pars eſſe non poteſt. Sic tutores dicimus finita tutela, qui tutores fuerunt, nunc non ſunt: ſic inſulam, quæ prius fuit inſula, nunc non eſt. *L. inſula.* in fin. *D. de acq. rer. dom.*

XIII. Summa ſit hæc: uſumfructum, cum ſimpliciter nominatur, eum intelligi, qui ſolus eſt, ac per ſe conſiſtit. Qui talis eſt, eum eſſe non poſſe, niſi a proprietate ſeparatum. Eum ſub iſta appellatione a nobis nunc dici, atque hoc loco definiri. De eo vero, qui ſit a proprietate & dominio exemptus, non poſſe aliud dici, quam quod hac definitione continetur, eum eſſe in rebus alienis: ſi in alienis, non eſſe dominii partem: ſi dominii pars non eſt, eum qui proprietatem habet, quanvis deducto uſufructu, nihilominus in ſolidum dominum eſſe: fructuarium nulla ex parte dominum, ſi modo dominum abſolute dicimus, non autem dominum bonorum.

XIV. Adiicitur in definitione, *ſalva rerum ſubſtantia*. Cum potuiſſet Paulus, cuius hæc definitio eſt, dicere ſalvam earum ſubſtantia ad demonſtrandas res alienas, quas prius appellaverat: maluit repetere rerum; non otioſe, ſed ἐμφατικῶς, quaſi diceret, uſufructu conſtituto licere uti frui alienis rebus; ſed ſalva rerum ipſarum, quibus fruimur, ſubſtantia. Id hanc ſignificationem habet, hactenus uſufructuario eſſe utendi fruendique ius, ne fructuarius quomodo libet, re fructuaria utatur; ſed ita, ut poſt uſum maneat ſalva & integra ſubſtantia rei fructuariæ, quæ ante uſum fuerat. Qua adiectione duo removentur a iure fructuarii: conſumptio rei; & tranſmutatio in aliam formam. Qui uſumfructum habet, ſic re uti poteſt, ne conſumat. Ut puta ovium uſumfructum qui habet, non occidet, ut carne veſcatur. Pugnat cum natura uſusfructus rem conſumi. Unde placet uſumfructum non eſſe in iis rebus quæ uſu conſumuntur. *§. conſtituitur, Inſt. de uſufr.* Sed nec fructuarius rem transformabit. Ut, ædium uſufructu relicto, non mutabit cœnacula, non diruet, non ædificabit nova. *L. ſi cuius, 13. §. ſed ſi ædium, D. de uſufr.* De quibus poſtea plenius in iure fructuarii. Sed cum in verbis utendi fruendi nihil contineatur de ſubſtantia rei, quo aperte declaretur eam poſt uſum ſalvam manere debere: unde hæc pars ſumpta eſt a veteribus, præter verbi, ut videtur, ſignificationem? Ducta eſt ex vi contrariorum. Sive enim uſus tantum conſtitutus eſt, ſive uſusfructus, hoc conſtare debet, ſemper uſum eſſe conſtitutum. Ineſt namque in fructu uſus; nec quiſquam frui poteſt, ut non utatur. *L. per ſervum, §. 1. D. de uſu & habit.* Contraria autem uſus & abuſus. Quo fit, ut ſi cui ius datum eſt utendi a proprietate ſeparatum, huic non ſit ius abutendi, quod eſt contrarium. Iam vero qui ſic ùtitur, ut tollat iterum utendi cauſſas, dum ſubſtantiam rei tollit, vel conſumendo, vel transformando, is re abutitur, non utitur. Unde quæ res uſu conſumuntur, dicuntur a noſtris conſiſtere in abuſu. *L. 5. §. 1. & ultim. D. de uſufr. ear. rer.* Quapropter utendi fruendi verbo hæc ipſa ſubſtantiæ conſumptio & tranformatio ut res contraria removeri intelligitur. Qua remota neceſſe eſt hoc relinqui, ut in uſufructu utenti fruenti ſalva rerum ſubſtantia manere debeat. Argumentum hoc eſt Ciceronis in Topicis in argumento ex contrario, ut probet bonorum uſufructu legato, non pertinere ad fruendi ius eas res, quæ uſu conſumuntur. Quippe, inquit, uſus non abuſus legatus eſt: ea ſunt inter ſe

contraria: Iſta autem conſumptio in abuſu.

XV. Hæc veterum definitio eſt de uſufructu; & [7] recta, quæ omnem uſumfructum continet, & ſic uſusfructus eſt propria, ut aliis rebus non conveniat: quæ ſunt leges rectæ definitionis. Quidam tamen metuunt, quæ magna pars eſt, ne utrumque contra ſit, ſi ius utendi fruendi interpretamur, ut ſupra, nihil amplius quam poteſtatem utendi fruendi iure tributam. Sic enim videri poteſt definitio in quibuſdam minus continere, quam definitum; in quibuſdam etiam plus, ut aliis etiam rebus conveniat. Minus continere in eo, quod dicitur eſſe ius in alienis rebus. Eſt enim etiam uſusfructus quidam cum proprietate coniunctus, nempe is quem dominus habet, quem cum habeat in re ſua, perſpicuum eſt non poſſe dici eſſe ius in re aliena. Sed de eo iam ſatis reſpondi. At ſaltem videbitur definitio eſſe latior, & convenire etiam aliis rebus. Puta iuri emphyteutico, & iuri conductoris in re conducta. Ius quidem emphyteuticum quis dixerit eſſe ius utendi fruendi alienis rebus, dicitur enim fundus vectigalis ſeu emphyteuticus dari fruendus. *L. 2. D. ſi ag. vect. §. adeo, Inſtit. de loc.* Conductor autem ex conductione nanciſcitur poteſtatem re conducta utendi fruendi. Unde niſi illi res ex hac cauſſa tradita, agit in hoc ex conducto, ut ſibi frui liceat. *L. ex conducto*, in princ. *L. ſi fundus, D. loc.* Conſtat autem neque ius emphyteuticum, neque ius conductoris in re conducta eſſe uſumfructum, neutrum enim eſt ſervitus; uſusfructus autem ſervitus. *L. 1. de ſervit.*

XVI. Sed ne nos moveant hæ ſpecies, ut dum has removere volumus, aut addamus aliquid definitioni, aut ſignificationem verbi iuris in ea mutemus. Non ſunt hæc ſervitutes, eoque nec uſusfructus. Sed nec definitione ſuperiore uſusfructus continentur. Ius emphyteuticum non eſt ius utendi fruendi ſolum, ſed & alienandi, & in totum de re ſtatuendi, ut libet, tanquam alteri domino, ut ſuo loco oſtendimus. Uſusfructus autem nihil, niſi utendi fruendi ius; non etiam alienandæ rei: aut de ea ſtatuendi, quæ aliena eſt. Item emphyteuta [8] uti frui poteſt, etiam mutata rei ſubſtantia. Poteſt enim in fundo emphyteutico quidvis inſtituere, & exſtruere, in quo ſunt meliorationes, quæ illi tribuuntur. *L. 2. L. 3. C. de iur. emph.* Uſusfructus, ſeu fructuarius propter uſumfructum ſubſtantiam rei mutare non poteſt ex definitione. Quod ad ius conductoris attinet: non eſt, quod reformidemus affirmare conductorem in re conducta ius utendi fruendi non habere. Conductio eo ſpectat, ut ipſe re conducta utatur fruatur, & in eam quoque rem ex conducto actio eſt. Plus dico: conductor, rem tradente & patientiam præſtante domino, habet re utendi fruendi facultatem. Sed non ideo simpliciter [9] utendi fruendi ius habet, de quo nunc quæritur. Idque ita demonſtrari poteſt. Nulli invito ius, quod habet, auferri poteſt. *L. ult. D. de pact.* At dominus, idemque locator facultatem fruendi re conducta auferre poteſt conductori etiam ſine vi, & quidem ita, ut nun poſſit conductor uſum rei retinere, nedum perſequi. Licet enim domino ædes locatas vendere, quibus venditis, poteſt impune expellere inquilinum emptor, qui locationi ſtare non cogitur. *L. emptorem. C. de loc. & cond.* Quocirca ius utendi fruendi re conducta conductor non habet. Id efficitur etiam hoc modo: Is dicitur ius & rem aliquam in bonis habere, qui & poſſidens ad eam retinendam exceptionem habet, & amittens ad eam recuperandam habet actionem. *L. rem in bonis, D. de acquir. rer. dom.* At conductor, re a locatore vendita, utendi fruendi ius adverſus emptorem non modo poſſeſſione amiſſa perſequi non poteſt, ſed ne poſſidens quidem retinere, ut oſtendi. *d. L. emptorem. C. de locato.* Quare non habet conductor utendi fruendi ius in re conducta. Longe aliter uſusfructus, aliter ius utendi fruendi, cuius retinendi & perſequendi cauſſa ſuæ ſunt fructuario actiones; & hæ in rem adverſus omnes rei poſſeſſores, quive de uſufructu faciunt controverſiam, confeſſoria & negatoria, de quibus poſtea. Atque hæ vere hoc ius eſſe fructuarii, & in bonis eius haberi indicant ex definitione *d. L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.*

CAP.

7) Vid. Hot. *in pr. I. h. t. & Ill. Q.* 24. ubi ait ſeptem eſſe rivales huius definitionis: Emphyteutam, heredem fiduciarium, maritum, precario tenentem, colonum, cui antichreſis conſtituta, & proventus annui legatarium. vid. & Io. de Caſtillo *de Uſuc.* C. 4. & 5.

8) Ita & Caſtillo *d.* C. 5. *n.* 16. *& ſeqq.* addens emphyteutam quodammodo re propria uti, & fructuarii debilius ius eſſe, cum emphyteutæ ſit hereditarium, & Hot. *d. Q.* 24.

9) Non habet ius in rem, nec, ut fructuarius, *L.* 38. *h. t.* ſuo, ſed alieno nomine fruitur, Caſtillo *d.* C. 5. *n.* 21. *& ſeq.* Ius hic eſt dominium iuris, in locatione autem vinculum iuris tantum, ita Hotom. *d. Q.* 24. Et uſus rei conductæ facti eſt, facultas magis fructus percipiendi, quam ius conſtitutum, Hot. *ad pr. I. h. t.*

C A P. III.

De uſufructu acquirendo. Hanc acquiſitionem ita eſſe, ut eſt is, qui conſtituit. Conſtitui uſumfructum aut aliunde, aut acquirentis ſolius uſu. Aliunde aut a lege, aut alieno facto. Hoc factum aut a privatis eſſe, aut a iudice in iudiciis diviſoriis. Legitimus uſusfructus quibus in cauſſis receptus, & quibus tribuatur. In privatis a quibus conſtitui poſſit; & quæ res hunc recipiant.

Tranſitio, & diviſio. I.
Legitimus uſusfructus triplex. II.
Patris in bonis filiifamilias adventitiis & quæ illius privilegia. III.
Item patris in bonis emancipati. Et pro qua eorum parte. IV.
Item mulieris iterum nubentis in rebus quæ a priore marito habuit. Quæ res eiuſmodi, & quatenus illa utatur fruatur. V.
Cur alia de legitimo uſufructu prætermiſſa. VI.
Uſusfructus alieno facto quæſiti duplex conſtituendi ratio; & quæ. VII.
Tria ad eam conſtitutionem neceſſaria, & quæ. VIII.
Perſona conſtituentis, ſolus dominus. Et qui hac in re talis. IX. XI.
An emphyteuta & ſuperficiarius conſtituant uſumfructum. Et quo iure. X.
Res item neceſſaria quæ uſumfructum recipiat. Et quæ ſint eiuſmodi, aut contra. XII. XIII.
Cur & veterum numiſmatum, ſtatuæ atque picturæ, uti & prædii ſumptuoſi recte conſtituatur uſusfructus. XIV.

QUando de uſufructu habendo tuendoque agitur, eo quem ſupra definivimus, primum in eo curandum eſt, ut habeatur. Sic habebitur, ſi erit quæſitus. Prima igitur hic quæſtio ex tribus illis, quas libri ſuperioris capite ultimo propoſuimus, quomodo uſusfructus acquiratur, ut noſter fiat. Sic acquiſitio eſt. Aut conſtituitur nobis aliunde, aut uſu & poſſeſſione noſtra nobis acquiritur. Conſtituitur aliunde partim lege, partim alieno facto atque opera. Ut ſit conſtitutus uſusfructus duplex: legitimus, & alieno facto quæſitus.

II. Legitimum uſumfructum triplicem eſſe, ſeu tribus in cauſſis lege datum eſſe animadverto.

III. Quidam eſt uſusfructus adventiciorum bonorum filiifamilias. Is datus eſt conſtitutionibus parenti, qui filium in poteſtate habet, in bonis filii nec caſtrenſibus, nec quaſi caſtrenſibus: ſed [1] cæteris, quæ tamen aliunde, quam a patre filio obvenerunt; quæ adventicia appellamus. Ante plena proprietas eorum quærebatur patri. Poſt iis conſtitutionibus proprietas patri adempta: uſusfructus ex veteri iure illi relictus. Ius conſtitutum a Iuſtiniano in *L. cum oportet, L. ult. C. de bon. quæ lib.* De ea ſpecie diximus *ſupra Libri ſuperioris Cap. 5.* Habet hic uſusfructus ſingularia duo præter normam reliquorum. Quominus enim recederetur hic ab ea proprietate, quæ ſolida prius patris erat, placuit ſuperioribus conſtitutionibus hunc uſumfructum [2] immunem eſſe & a ſatiſdatione fructuaria, & a reddendis finito uſufructu rationibus: poteſtate rerum administran-

1) *L. 1. 2. & 1. 1. C. de bon. matern.* de quo & eius ſingularibus vid. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n.* 16. *& ſeqq.* Scip. Gentil. *Lib. de Bon. matern.* Gomez. *in L. Taurin.* 48. Forſt. *Lib. 7. de Succeſſ. Cap.* 20. *& ſeq.* Io. del Caſtillo *Quotid. Contr. de Uſuf. C.* 3. Quid ſi monaſterium ingreſſus pater, an uſusfructus interim dum vivit ad monaſterium pertinet, an ex die ingreſſus ad proprietatem revertitur? Prius probant, Gomez. *in d. L.* 48. *n.* 8. Pinel. *in d. L. 1. P. 1. n.* 47. *& ſeqq.* Sc. Gentil. *de Bon. mat. C.* 7. *cir. fin.* Poſterius Fach. 6. *Contr.* 12. Caſus quibus uſusfructus patri non obvenit, vid. *ſupr. Lib. 9. C. 5. N.* 27. *& ſeqq.* Quid ſi uſusfructus filiofamilias legetur? Suerin. *de Uſuf. acer. p.* 10. *& ſeq.* ſtricta ratione acquiri patri, ſed ex benignitate acquiri filio ex ratione *L. ult. Cod. h. t.* quia magis contemplatione filii legatum, & Vaud. 1. *Q.* 15. Quod & facilius admittendum in feudo filiofamilias conſtituto, tum quia contemplatione militiæ datum creditur, itaque iure caſtrenſis peculii cenſetur: tum quia hoc actum ne patri acquiratur, tum quia ſervitia & onera ſunt filiifamilias, tum quia Ius Longobardorum tantos patriæ poteſtatis effectus non novit, ſed filius pleniſſimam rerum partarum proprietatem conſequitur, ut ex *L. un. de adopt. in Longob. lib. 2. & ſimil.* probat Iul. Ferret. *in Addit. ad Diff. Iur. Civ. & Longob. tit. de Patr. pot.* Atqui leges Longobardorum Feudales ſuas vocant 2. *Feud.* 1. ibi *legibus noſtris.*

2) Datur id tum reverentiæ paternæ, Pinel. *d. lo. n.* 20. tum affectui, ex quo cenſetur parens ſemper optimum conſilium capere pro liberis, Caſtillo *d. loc. n.* 86. add. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 8. *& C.* 11. Quando alienare poſſit pater ſine decreto & quæ bona, vid. Pinel. *in d. L. 1. P. 3. n.* 21. *& ſeqq.* Caſtillo *d. C. 3. n.* 65. *& ſeqq.* Fachin. 6. *Contr.* 40. Scip. Gentil. *de Bon. mat. C.* 19.

Digitized by Google

niſtrandarum libera patri conceſſa. *d. L. cum oportet, §. non autem, L. ult. §. ſin autem, legata, C. de bon. quæ lib.*

IV. Alius eſt uſusfructus item patri datus in bonis filii; ſed emancipati. Is conſtitutus eſt eiuſdem principis conſtitutione patri emancipatori pro præmio emancipationis in bonis filii adventiciis, quæ illi ante emancipationem quæſita erant: non tamen omnibus, ſed in dimidia tantum parte eorum. *d. L. cum oportet, §. cum autem, C. de bon. quæ lib. §. hoc quoque, Inſt. per quas perſ. nob. acq.*

V. Tertius quidam eſt in rebus mulieris, quæ iterum nubit. Eſt autem huiuſmodi. Si mulier ſuperſtitibus ex priore matrimonio liberis tranſierit ad ſecundas nuptias: quæcumque a priore marito conſecuta eſt ex liberalitatis cauſſa, puta ſponſalibus, donatione propter nuptias, donatione cauſſa mortis, legatis aut fideicommiſſis: quæcumque item ex ſucceſſione liberorum prioris matrimonii ad eam pervenerunt: placet in his omnibus habere eam 3) poſſidendi tantum fruendique ius, alienandi facultate adempta; dum modo quandiu mater vivet, tandiu & filii ex priore matrimonio ſuſcepti vel omnes, vel aliqui ex his vivant, utpote quibus conſtitutione conſulitur, quo matre his ſuperſtitibus mortua ad eos bona iſta redeant, & redeant ad omnes ex æquo, non ad certos aliquos, quos matri eligere viſum fuerit. Quod ſi nulli ſint hi liberi, ſive quod viva matre eſſe deſierint; placet nihil innovari, ſed exinde plenam proprietatem integram eſſe matri, ut de rebus ſupra ſcriptis omnibus ſtatuere poſſit ut domina pro arbitrio. Comprehenſum hoc ius eſt *L. 3. & authent. ſeqq. C. de ſecund. nupt.*

VI. In hoc genere toto legitimi uſuſfructus non quærimus pluribus, quis conſtituat, quomodo, & quibus in rebus verſetur: non quod non omnia hæc in omni uſufructu ſpectanda ſint, quibus & uſuſfructus conſtat: ſed quia in hoc genere non eſt neceſſe, cum hic fere ſint certa. Lex enim eſt, quæ conſtituit. Nemo dubitat quin ſit conſtituendi poteſtas penes legem, cui omnes in civitate parere oportet. *L. 1. L. 2. D. de legib.* Iubet illa, aut vult. Voluntas ipſa ſola rata eſt. *L. non dubium*, illic *quod ad omnes, C. de legib.* eoque ad omnem conſtituendi uſusfructus rationem ſufficit. Quorum bonorum uſusfructus hic conſtituatur, ex verbis ſuperiorum legum intellectum eſt. Tantum hoc notandum eſt, verbo bonorum non aliarum rerum uſum ad fructuarium patrem pertinere, quam earum, in quibus haberi poteſt uſusfructus, & quatenus poteſt. De quo dicetur in proximo genere.

VII. Alieno facto qui quæritur & conſtituitur uſusfructus, ita eſt, ut aut conſtituatur a privatis extra iudicii cauſſam; aut a iudice in iudicio; atque ita fiat conſtitutio hæc duplex, privata, & iudicialis. Sic enim docendi cauſſa nobis loqui liceat. Utraque ita rata ad uſumfructum nobis acquirendum, ſi ea recte erunt, quæ iuſta conſtitutio deſiderat.

VIII. Ea tria ſunt: Perſona conſtituentis, ut ſit qui conſtituendi ius habeat: Res fructuaria, ut ſit quæ uſumfructum admittat: Conſtituendi modus, ut ſit legitimus. Non adiicimus acquirentis perſonam, quia quibus res acquiri poſſint, ſatis in univerſum ſupra diximus. De reliquis non idem ſervatur in utroque genere. Ideo quid ſit proprium utriuſque ſeparatim cognoſcendum.

IX. Privati uſumfructum ſi conſtituunt, ſuperiora tria in eo ita ſe habent. Si de perſona quæritur, conſtituendi ius habet rei dominus, & is quidem iure ſolus. Solus enim hic utendi fruendi ius habet prius, quam uſusfructus fuerit a proprietate ſeparatus. *§. 1. Inſtit. de uſufr. L. uti, D. ſi uſusfr. pet.* Abſurdum ſit autem plus iuris quemquam ad alium transferre, quam ipſe habuit. *L. nemo plus, D. de regul. iur.*

X. Hinc illa dubitatio, an in fundo emphyteutico, aut ſuperficie conſtitui poſſit ab iis, qui eum fundum, aut ſuperficiem in alieno ſolo habent, quoniam hi domini non ſunt. *L. 1. D. ſi ag. vect. L. 2. D. de ſuperf.* Et quidem etiam hac de cauſſa iure civili & directo ab iis conſtitui non poſſe convenit: ſed conſtitutum placuit iure prætorio defendi utilibus actionibus, tanquam conſtitutum ab iis, quos prætor in fundo ipſo & ſuperficie tuetur quaſi dominos, accommodata priua illis utili in rem actione. De ſuperficiario ſcriptum eſt in *L. 1. §. penult. & ultim. D. de ſuperf.* Cui uſumfructum conſtituere ſi licet: multo citius conſtituet emphyteuta, cui plus iuris eſt in re, quam ſuper-

3) Vid. *Lib. 9. C. 3. N. 2.* & Scip. Gentil. *Lib. de ſec. Nupt. C. 2. & 3.* Caſtillo *de Uſuſ. C. 2. n. 9. & multis ſeqq.* ubi *n. 14.* idem obtinere in marito ſecundam uxorem ducente, de quo & Forſt. *Lib. 7. de Succeſſ. C. 11.* Quid ſi ex conſenſu filiorum mater nupſerit. Evitari pœnas, quia iniuria conſenſu tollatur, Forſt. *d. Lib. 7. C. 13.* Caſtillo *d. C. 2. n. 93. & ſeqq.* ubi tamen *n. 110. & ſeqq.* aliquot caſus diſtinguit.

perficiario, cum ille etiam ſoli quodammodo dominus ſit, hic tantum ſuperficiei. Inde dictum uſumfructum eiuſmodi non iure conſtitutum, ſed tuitione prætoris. *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. uſusfr. amitt.*

XI. Dominum eum dicimus uſumfructum conſtituere poſſe, etiam eum intelligi volumus, qui nudæ proprietatis dominus eſt, qui & ipſe in uſu iuris, quanvis detracto uſufructu, nihilominus in totum dominus dicitur. *L. recte, D. de verbor. ſignificat.* Etiam hic recte conſtituet & legabit uſumfructum, ut legatum exitum habeat, cum [4] uſusfructus ad proprietatem redierit, ſive id vivo teſtatore contingat, ſive mortuo; & ſive ante aditam hereditatem, ſive poſt aditam. *L. ſi dominus, antepen. L. quod noſtrum.* 63. *D. de uſufr.* Extra hos in privatis fruſtra quiſquam uſumfructum conſtituat.

XII. Sed nec omnium rerum eſt uſusfructus. Non omnes uſumfructum recipiunt, aut non ſtatim. Iam primum [5] incorporalium rerum, veluti viæ, itineris, aquæductus uſusfructus aut uſus, ſervitus denique ſervitutis conſtitui non poteſt. *L.* 1. *D. de uſufr. leg.* Eſt enim uſusfructus, & ſervitus omnis, qualitas, ut in definitione ſervitutis oſtendimus. Hæc autem niſi in corpore, non conſiſtit, eoque nec uſusfructus. *L.* 2. *D. de uſufr.* Habet hoc quoque hanc rationem. Etenim uſusfructus uſum quoque in ſe habet: unde & definitur ius non fruendi tantum, ſed utendi fruendi: atque adeo ſine uſu uſusfructus eſſe non poteſt. *L. per ſervum*; §. 1. *D. de uſ. & hab.* Atqui re uti eſt rem tractare: neque porro tractari res poteſt, niſi quæ & tangi: nec tangi, niſi res corporalis. *Inſtit. de reb. corp. & incorp.* Ex quo efficitur, nec uſum, nec uſumfructum, niſi in re corporali conſtitui non poſſe.

XIII. Corporales autem res omnes uſumfructum recipiunt, tam mobiles, quam immobiles: ſed & ipſæ ſuis conditionibus. Quæ conditiones duæ ſunt. Una, ſi modo res ad aliquid ſint utiles: altera, ſi vel uſu non conſumantur, vel ſi conſumuntur, cautio in his uſitata interveniat. Primum ſi qua res eſt eiuſmodi, cuius in utendo nulla utilitas, aut commoditas ſit; eius uſusfructus conſtitui non poteſt. Redire enim oportet ad illa principia, uſumfructum ſervitutem eſſe: *L.* 1. *de ſerv.* nullam ſervitutem eſſe, niſi quæ ſit parata commodi noſtri cauſſa, ut docui in definitione. *L. quoties nec, eod.*

XIV. Atque hinc illæ dubitationes veterum in uſufructu, an numiſmatum [6] veterum uſusfructus relinqui poſſit; an ſtatuæ & imaginis; an eius prædii in quod plus impendamus, quam ex eo acquiramus. De quibus reſponſum eſt ex ſuperiore diſtinctione. Placet igitur numiſmatum uſumfructum relinqui poſſe, ſi aurea ſint aut argentea, & his pro gemmis uti ſoleant, ad pilei puta, aut veſtis ornatum: alioqui non poſſe, quia tum eorum nullus ſit uſus. *L. numiſmatum.* 28. *D. de uſufruct.* Reliquorum quæ dixi, placet uſumfructum utiliter relinqui ſine exceptione. Statuæ quidem & imagines, quia & ipſæ ſuam utilitatem atque ornamentum habeant opportuno loco collocatæ: prædii autem ſumptuoſi ideo, quia ſatis ſit [7] fructum aliquem ex eo capi poſſe, ut hactenus conſiſtat uſusfructus, etſi forte aliunde plura ſint incommoda. *L. ſtatuæ.* 41. *D. eod.* Quid enim ſibi expedire quiſque exiſtimet, arbitrio cuiuſque domini in re ſua permittendum eſt. *L. libertus.* 36. *D. de bon. liber.*

CAP.

4) Atque hic verior eſt ſenſus *d. L.* 63. Unde non eſt, quod ex illa probet, A. Faber ut *C. praeced. N.* 5 Ergo nullum uſumfructum dominio coniunctum eſſe, nec quod in ea conciliandα cum aliis, quæ uſumfructum domino tribuunt ſe torqueat, poſt alios Caſtillo *de Uſuf. C.* 1. *n.* 39.

5) Eſt tamen & nominum uſusfructus *L.* 3. *de Uſufr. ear. rer.* & Uſufructu omnium bonorum legato, etiam quod in actionibus eſt computatur *L. ult. de Uſ. leg.* Sed conſtituitur in actionibus ratione rerum, quæ per illas petuntur, quia actionem habens, rem ipſam habere videtur. Agere igitur poterit, ut re obtenta utatur fruatur.

6) Forner. *Cel.* 2. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Glo.* 7 *n.* 111. Nam & nummi quidam mercis loco habiti, ut Victoriati, victoriæ imagine ſignati ex Illyrico advecti. Plin. *Lib.* 33. *C.* 3. de quo Manut. *de LL. Rom. p.* 245. Briſſ. 1. *Antiquit.* 8. Curt. 2. Conïect. *ad Fr.* 16. Sc. Gent. 2. *Parerg.* 5. *in fin.*

7) Vid. Io. del Caſtillo *de Uſufr. C.* 49. ubi *n.* 10. accipit *d.* §. 1. de prædio ſerviente amœnitati & voluptati, non vero ſterili, ut vulgo, quaſi reſpectus habeatur ad utilitatem futuram, quando excultius redditum.

C A P. IV.

De uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur, cum ab aliis, tum a lege conſtituto.

Rerum corporalium quæ ſuut iu fructu alias uſu *couſumi; alias miuime.* I.
De uſufructu rerum prioris generis triplex quæſtio; & quæ illa. II.
Quæ res ad prius geuus pertineant; & quomodo diſtinguautur. III.
Cur & in eodem genere cenſeatur uumerata pecunie. IV.
Au & veſtimeuta. Quomodo locus Iuſtiuiani §. conſtituitur 2. verb. veſtimenta Iuſt. de uſufr. *interpretaudus.* V.
Rerum quæ uſu *couſumuntur uullus eſt proprie & vere uſusfructus: ſed quaſi uſusfructus; & quare, & quo iure utrumque.* VI.
Quaſi uſumfructum conſtituunt iura hiuc acquiſita fructuario; & hinc alia proprietario. VII.
Fructuario quæſita: rerum iſtarum proprietas, & conſumeudi facultas: & quare hæc iura permiſſa fructuario. VIII.
Proprietario recepta cautio fructuarii; ſe tantumdem *reſtituturum, ſi quaudo* moriatur, aut capite deminuatur. IX.
Cautio illa quid ſit; quas partes habeat. X.
Cautio reſtituendi quateuus quaſi uſusfructus rerum eſſentiam couſtituat, & quid amplius uſufructu tribuat fructuario. XI. XII.
Item quomodo in utrumque illum caſum coucepta, ſi moriaris, aut minuaris capite, *ſit præcipua differeutia & forma huius quaſi uſusfructus.* XIII.
Item quare in huuc dumtaxat duplicem caſum formata. XIV.
Sine illa uon poſſe ſtare quaſi uſumfructum. Fruſtra eam vetari a teſtatore; omiſſamque iuitio poſſe incerti conditione repeti; & fiuito uſufructu condici ipſam quantitatem. XV. XVI.
Cur ad hunc quaſi uſumfructum couſtituendum auctoritas S. C. ueceſſaria. Quæ hinc euata generalis de uſufructu omnium rerum iuris definitio. XVII. XVIII.
Quæ ſit iuris de eo quaſi uſufructu conſtituti ratio & utilitas iu legitimo uſufructu bouorum adveutitiorum filiifamilias. XIX.
Iu uſufructu adventitiorum quid a patre exigatur uomiue earum rerum quæ uſu couſumuutur. XX.

I. SEd etſi rerum corporalium ſit aliquis uſus, tamen ad uſumfructum recipiendum alia cauſſa eſt earum rerum, quæ [1] uſu non conſumuntur, alia earum, quæ conſumuntur. Quæ non conſumuntur uſu, hæ demum proprie ac ſtatim natura ſua uſumfructum recipiunt. Sunt enim eiuſmodi, quibus quanvis alienis manentibus uti poſſumus, & ita uti, ut maneat poſt uſum ſalva rerum ſubſtantia: quod uſusfructus definitio deſiderat. Ideo in omnibus poteſt uſusfructus conſtitui, non tantum immobilibus, ut fundo & ædibus: ſed & mobilibus tam animatis, quam inanimatis, ut ſervis, iumentis, nave, veſtimentis, & ſimilibus. §. *couſtituitur, Iuſt. de uſufr. L. uſufructu, 7. L. ſed etſi quid* 15. §. 1. 2. 3. *L. arboribus*, 12. §. *uavis, D. de uſufr.* Non eadem conditio eſt earum, quæ uſu conſumuntur. Hæ natura ſua non recipiunt uſumfructum. Iure tamen placet recipere: ſed ad certum modum, & certa interpoſita cautione. *d.* §. *conſtituitur, de uſuf.*

II. Quo recepto, de uſufructu earum rerum conſtituendo quærentibus tria hæc conſtituenda ſunt, Quæ ſint res huius generis; Qua conditione uſumfructum recipiant; & Qualis ſit is uſusfructus.

III. Sunt autem res huius generis, partim quibus uti non poſſumus niſi ad veſcendum, ut vinum, oleum; frumentum, legumina, arborum fructus, & ſimilia: *L. ſi viui, L. peu. D. de uſufr. ear. rer.* partim quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, & odores: *d. L. peu. eod.* partim quarum ita uſus eſt ad res alias conficiendas, ut niſi mutatæ ad eas res conferantur, Ipſæ per ſe prope ſint inutiles. Talis eſt lana, de qua in *d. L. peu.*

Ea

1) Quarum fructus ſeparari a corporibus non poteſt. Et uſu conſumi dicuntur, quando citra ſui conſumptionem nullum uſum præſtant. Hot. *ad* §. 1. *I. h. t.*

Ea ad veſtimenta & ſtragula conficienda utimur: extra hunc uſum alioqui propemodum inutili, certe non magno uſui futura. Atqui ad eas res ſi confertur lana, ipſo uſu conſumi eam neceſſe eſt. Scimus enim prius nendam eſſe, & in filum transformandam: ſic deinde etiam ex filo corpus id texendum, quod inde exſtare volumus.

IV. Proprie in hoc numero non eſt pecunia numerata, & omnino non eſt, ſi quis ſubſtantiam ſpectet. Ut enim maxime pecuniam cum re permutemus, ſolvamus, aut donemus alii: ſemper tamen manent ipſa corpora: quapropter nec eo uſu conſumuntur. Sed ſi ſpectetur is, qui ita utitur alienando, vi ipſa illi pecunia eo uſu conſumi intelligitur. Tam enim eo uſu dominus ac poſſeſſor eſſe deſinit, quam ſi conſumpſiſſet, quia ſit pariter utroque modo, ne iterum uti poſſit. Idque eſt, quod dicitur in *§. conſtituitur, Inſt. de uſuf.* pecuniam numeratam ipſo uſu aſſidua permutatione quodammodo extingui. Non extinguitur vere: ſed quodammodo, quia effectu hoc idem evenit utenti, non enim utitur, niſi permutatione: hæc autem rem illi tam aufert, quam ipſa conſumptio. Quamobrem & in numero iſtarum rerum pecunia numerata maxime habetur, ibidem, & *L. 5. §. 1. D. de uſufr. ear. rer.*

V. Illud cautione indiget, quod in *d. §. conſtituitur*. Numerantur in eodem genere veſtimenta. Hic veſtimenta ſi proprie accipimus, nihil minus verum eſt, quam veſtimenta ex numero eſſe earum rerum, quæ uſu conſumuntur: nihil minus verum, quam eorum uſumfructum eodem iure cum uſufructu iſtarum rerum haberi. Certum eſt veſtimentis ita nos uti, ut uſu ipſo non conſumantur, ſed durent in longum tempus. Atteruntur paulatim longiore uſu: ſed & navis atteritur, & iumenta; quas tamen res nemo dicit uſu conſumi, conſtatque earum uſumfructum in hoc numero rerum non haberi. *L. arboribus, 12. §. navis, D. de uſufr. d. §. conſtituitur, Inſt. eod.* Sed & in his [2] qualiacumque veſtimenta ſint, naturalem uſumfructum eſſe; non eum qui conſtituitur in iis rebus, quæ uſu conſumantur, aperte declaratur in *L. ſed etſi 15. §. etſi veſtimentorum, D. de uſufr. L. ſi uſusfructus, 9. §. pen. D. uſufructuar. quem. cau.* ex quibus locis quid inter utrumque interſit, cognoſcetur. Quamobrem res cogit, ſi quidem ſine vitio locum ſcriptum eſſe volumus, veſtimenta apud Iuſtinianum interpretari dicta abuſive, ſeu μετωνυμικῶς, aut ſi quis mavult συνεκδοχικῶς, ut ſit effectus pro cauſſa; vel res pro materia rei: veſtimenta pro re & materia, unde veſtimenta conficiuntur: atque ita intelligatur lana, ex qua veſtimenta. Et certe lana numeratur inter res huius generis, non autem veſtimenta in *L. penult. D. de uſufr. ear. rer.* Quæ interpretatio ne cui videatur nova, aut minime recipienda; plane in ea ſervamus id, quod de interpretatione verborum præcipitur in *L. non aliter, 69. D. de leg. 3.* Id autem eſt, ut ſi quidem non aperte repugnante ſententia ſcriptoris licet ſequi ſignificationem propriam verbi, ne ab ea recedamus. At ſi manifeſtum ſit aliud ſenſiſſe ſcriptorem; tum ab ea recedamus, ſumamuſque eam ſignificationem quanvis non propriam, quam uſus verbi dare poterit ex loquentis ſententia. Porro in legibus ſi quæritur, an aliud lex ſenſerit, quam verbum proprie ſignificat, docemur alibi ex eo æſtimare, si eam ſignificationem ſecutis lex non caret vitio. Sumere autem, quod proximum eſt, & ſine vitio. Id vero maxime ex legis voluntate putatur. *L. in ambigua D. de legib.*

VI. Hæ [3] res neque naturali ratione neque civili proprie recipiunt uſumfructum, ut eſt in *d. §. conſtituitur, Inſt.* *de*

2) Ita & Pachin. 8. *Contr.* 41. diſtinguit inter res quæ uſu conſumuntur, ut nummi, vinum, & quæ uſu minuuntur, ut veſtes *dd. LL.* vaſa *L. ult. Uſ. quem. cav.* Has poſteriores reſtitui finito uſufructu uti inveniuntur, nulla ratione habita æſtimationis, tempore traditionis, per *d. L. 9. §. 4. L. 1. in pr.* verbia, *reſtituturum quod inde exſtabit d. t.* Sed ſic non ſatisfit difficultati, ex *d. §. 2.* quam ne attingit quidem. Ant. Matth. *in not. d. §. 2.* Tribonianum voculam *veſtimenta* ibidem, temerario caſu inſeruiſſe. At qua ratione quave ſpe commodi? Hot. *ibid.* probabilior diſtinctio eſt inter quotidianas veſtes, quarum quaſi uſusfructus *d. §. 2.* & lugubres, ſcenicas, ac ſimiles quarum perrarus uſus, de quibus accipit *d. L. 15. §. 4. d. L. 9. §. pen.* & lete Fornet. 2. *Select.* 21. Arumæ. *ex Iuſtin. 5. Th.* 18. Hac ratione fiet, ut veſtium quotidianarum uſuſructu legato, caveri debeat de reſtitutione veſtium, eadem bonitate, vel pretii illarum, facta æſtimatione, ut & iudicatum tradit Teſaur. *Deciſ.* 80. *n.* 1. Neque ſic nulla omnino utilitas huius uſusfructus, ſed aliqua in interuſurio medii temporis. Io. del Caſtillo *de Uſuf. C.* 51. *n.* 8. eſſe quidem in veſtibus uſumfructum improprium: ſed in *d. §. 4.* aliud ſtatui ex voluntate teſtatoris, ac hoc non agi ut dominium earum tranſeat, cum non ſit uſusfructus quantitatis, ſed corporis ac ſpeciei. M. Lyclama *Lib. 5. Membr. Ecloga* 24. Hoc commune eſſe rebus quæ uſu minuuntur tantum, cum rebus veri uſusfructus; quod proprietas non tranſit; ideoque illas non cautione SCti, ſed ordinaria regi *L. ult. uſ. quem. cav.* Quia tamen haud perinde ſalvæ hæ res manent, cœpiſſe illarum quaſi uſumfructum haberi *d. §. 2.*

3) Io. del Caſtillo *de Uſ. C.* 53. *n.* 2. A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 7. Hot. *ad L. 1. C. h. t.* Uſusfructus, inquit, eſt ius in corpore. Res quæ in abuſu conſiſtunt, corporibus opponuntur, nec in iis corpus, ſed quantitas ſpectatur. Et quia cautio non vere ac proprie ſubiectum; illa autem efficit ut habeatur uſusfructus: idcirco, nec vere nec proprie uſusfructus. Indigne autem ICtum in *d. L.* 2. reprehendit Turam. *Lib. ſing. de LL. P.* 1. *C.* 4. *n.* 6. quia nihil ad legem naturæ, proprius ſit, an improprius pecuniæ uſusfructus. Nam facilis eſt defenſio. Iure tam ita conſtituto, naturalis ratio impedit, quia natura legem dixit contrariis, ut eodem ſubiecto uniri nequeant. Hinc

de uſufr. Non naturali: quia re conſumpta non poteſt ſalva eſſe rerum ſubſtantia: quam tamen ſalvam uſusfructus natura deſiderat. Sed & hæ res ut iure conſumi poſſint a fructuario, dantur fructuario, ut fiant eius. Uſusfructus autem natura ſua non niſi in rebus alienis. Non civili: quia in vero uſufructu hæc iure civili recepta cautio eſt; ut fructuarius caveat ſe eam rem, quam accepit, quæ quidem exſtabit, reſtituturum. *L.* 1. *D. uſufructuar. quem. cau.* Hoc autem de re conſumpta fruſtra caveatur: certe præſtari non poteſt. Sed ſenatusconſulto effectum eſt, ut earum quoque rerum non quidem proprie uſusfructus, at quaſi uſusfructus, poſſet conſtitui. *L.* 2. *D. de uſufr. ear. rer.* Quod quale ſit, ex ipſa uſusfructus conſtitutione cognoſcetur; quæ deſcribitur ſummatim in *d.* §. *conſtituitur*, *Inſt. de uſufr.* Ex qua eadem intelligetur, & qua conditione conſtituatur, & qualis ſit hic uſusfructus: quæ duo reliqua ſunt, quæ ſupra quærebamus.

VII. Res ſic tranſigitur. Eſt hic, quod detur fructuario; eſt viciſſim, quod is præſtet proprietario. In utroque propria quædam huius uſusfructus: atque in his huius uſusfructus conſtitutio.

VIII. Datur res fructuario fruendi cauſſa. Commune hoc cum uſufructu reliquarum rerum. Hæc propria duo. Transfertur in eum proprietas ipſarum rerum, & conſumendi facultas. Sic enim dantur ei res, ut eius fiant, quo deinde, ut videtur, conſumere liceat. *d.* §. *conſtituitur. L. ſi vini*, *D. de uſufr. ear. rer.* Res in hoc genere ideo receptæ, non quia his rebus quæ uſu conſumuntur, placeat ſingulari aliquo iure quidquam tribui præter cæteras; ſed quia ſi volumus in his uſumfructum conſtitui, neceſſe eſt prius illa recipi, sine quibus uſus earum rerum conſtitui non poteſt: ac non poteſt ſine iſtis. Nam neque his uti poſſumus, niſi conſumamus: neque poſſumus conſumere noſtro iure, niſi pro poteſtate dominorum, quibus ſolis licet de rebus ſtatuere, ut volunt. Utrumque in vero uſufructu cæterarum rerum non neceſſarium, quia rebus his frui poſſumus manente rerum ſubſtantia; & quia non conſumuntur, etiam frui ut alienis, non ut noſtris. Unde placet nec in aliis uſumfructum poſſe consiſtere. Quæ res facit, ut si in uſufructu earum rerum quæ uſu conſumuntur, nihil amplius ſit, quam ſuperiora, plane in his uſusfructus intelligi non poſſit, cum ſint hæc non modo ex uſufructu, aut ei finitima, ſed plane uſuifructui contraria, ut indicat definitio uſusfructus.

IX. Sed ut his admiſſis nihilominus in hoc genere rerum conſiſtat uſusfructus, facit id, quod viciſſim præſtat fructuarius. Præſtat cautionem ſenatusconſulto receptam, qua promittit ſe reſtituturum tantumdem, cum *mortuus aut capite minutus* erit. *d. L. vini*, *de uſufr. ear. rer. d.* §. *conſtituitur* in fin. Remedium opportunum, quod hic vi ipſa uſumfructum repræſentet, *d. L.* 2. *de uſufr. ear. rer.*

X. Qualis ergo ſit cautio, & quid contineat, videamus. Et in toto fere *Titulo de uſufr. ear. rer.* ubique cautio ſolum nominatur, non ſatiſdatio. Sed ſciendum eſt hanc cautionem habere ſatiſdationem, vel potius ſatisdationem eſſe, ut declaratur in *d.* §. *conſtituitur*. verſ. *itaque de uſufr.* Cavere eſt ſtipulanti quid promittere. *L. ſancimus*, *C. de verb. ſign.* Satiſdare, cavere fideiuſſoribus datis, id eſt iis, qui idem adpromittant. *L.* 1. *D. qui ſatiſd. cog.* Habet hæc cautio, ut apparet, propria item duo, reſtitutionem & conditionem.

XI. Reſtitutionis genus hoc eſt. Promittit fructuarius ſe reſtituturum non eaſdem res, quas accepit, quod in rebus conſumptis fieri non poteſt; ſed tantumdem, ſive pecuniæ uſusfructus conſtitutus erit, ſive vini, olei, frumenti, & ſimilium rerum, quæ vere uſu conſumuntur. Sed in vino, & ſimilibus commodius putatur tollendæ omnis controverſiæ cauſſa, quæ de bonitate rerum & quantitate incidere ſolet, eas res fructuario dari æſtimatas, ut fructuarius promittat, quanti æſtimatæ erunt, tantam pecuniam ſe reſtituturum, *d. L. ſi vini*, *d.* §. *conſtituitur*. Hæc cautionis pars maxime eſt illud remedium, quod dicitur ſenatusconſulti, quo fit, ut incipiat hic quasi uſusfructus haberi. *d. L.* 2. *de uſufr. ear. rer.* Quod enim res reſtitui debet, videtur aliena eſſe. Et quod reſtituitur *tantumdem*, videtur, res ipſa, quæ accepta eſt, reſtitui; & quidem ſalva rei ſubſtantia. Quæ namque res uſu conſumuntur, ſunt eædem illæ, quæ pondere, numero, menſurave conſtant. Atqui hæ res inter ſe mutuo idem præſtant, dum redduntur eadem bonitate & quantitate. Unde dicun-

Hinc naturalis pugna teſtati & inteſtati. Sic in *L. ſervi* 36. *de furt.* Præſuppoſito quod Senatus naturam veram uſusfructus, non mutaverit (Mutare autem nec potuit cum illius minor quam legis poteſtas) non patitur natura verum uſumfructum eſſe pecuniæ &c.

cuntur a Paulo functionem recipere in ſuo genere per ſolutionem magis, quam ſpecie id eſt, his ex eodem genere ſolutis magis ſatisfieri, quam si ſpecies eadem, quæ accepta eſt, ſoluta eſſet. *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.*

XII. Quinimo hæc pars cautionis amplius quiddam tribuit proprietario, magiſque illi rem confirmat, quam ſolent illi in tuto eſſe res cæteræ, in quibus proprie uſusfructus consiſtit. Nam in cæteris ut fructuarius non efficitur rerum dominus, ſed his uti debet ſalva rerum ſubſtantia: ita nihil amplius cavet, quam ſe eaſdem illas bona fide reſtituturum. *L. 1. D. uſufructuar. quem. cau.* In his, quæ uſu conſumuntur, ut fit dominus, & res conſumit: ita cavet, quod neceſſe eſt, ſe reſtituturum alias eiuſdem generis & qualitatis, eaſque ſolum debet. Ex hac cautione & obligatione multo citius proprietario conſulitur. Etenim in cæterarum rerum uſufructu, prout eſt obligatio earum ſuperior, si res fructuaria sine culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit, fructuarius liberatur. Quo fit, ut res proprietario pereat. *L. ſi uſusfructus, 9. §. pen. D. de uſufructuar. quem. cau. L. arboribus, 12. §. navis, D. de uſufr.* Sumptum ex regula iuris generali, qua efficitur debitorem interitu rei debitæ liberari, qui modo sine culpa eius contigerit. *L. ſi ex legati, L. ſi ſervum, §. ſequitur, D. de verbor. oblig. L. quod te, D. ſi cert. pet.* At qui pro re accepta promittit & debet aliud tantumdem ex eodem genere, quod fit a fructuario in uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur, eius periculum eſt, si res accepta perierit, ut in mutuo, in quo res eiuſdem generis eadem lege & conditione accipiuntur. §. *item is*, illic, *at is, Inſtit. quib. mod. re contrah. obl.* Non enim earum interitu liberari poteſt iuxta regulam, quia eas non debuit. Tantum debuit alias eiuſdem generis, aut æſtimationem, eaſque generaliter & incertas. Incerte res perire dici non poſſunt. Atque hinc licet intelligere, quid referat, utrum dicamus in veſtimentis eſſe proprium uſumfructum, an vero eſſe uſumfructum earum rerum, quæ uſu conſumuntur, quod ſupra attigeram.

XIII. Sed etſi hæc pars cautionis rem ad uſumfructum quodammodo revocat, dum facit, ut videatur nec conſumi, quæ ſemper velut eadem redditur: tamen ſi hic conſiſteremus, nondum eſſet uſusfructus. Nam & hæc communia ſunt cum mutuo. Conſiſtit enim & mutuum in iiſdem rebus, & in eo res ſimiliter ita dantur, ut fiant accipientis, ut tantumdem poſtea reddatur. *§. 1. Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* Additur igitur in hac cautione conditio, quæ rem propriam uſusfructus facit, & hanc reſtitutionem a mutuo ſeparat. Promittit enim fructuarius ſe tantumdem reſtituturum ſub conditione, cum mortuus erit, aut capite minutus. *d. L. ſi vini, de uſufr. ear. rer. d. §. conſtituitur, de uſufr.* Hæc conditio ſolius uſusfructus propria eſt. Sic enim finitur uſusfructus omnium rerum, & ſolus. Mutuo ſi ſimpliciter res datæ eſſent, ſtatim repeti poſſent. Conditionem hanc ſi adiiciias, ut maxime dicas te mutuo dare: tamen vi ipſa uſumfructum efficias, non mutuum.

XIV. Notandum in ſtipulatione de uſufructu harum rerum ſolum interponi hos duos caſus, quibus finiatur uſusfructus; mortis, & capitis deminutionis. *L. in ſtipulatione, D.* de uſufruct. ear. rer. *Idcirco*, inquit Ulpianus, *hi duo ſoli caſus, quoniam pecuniæ* (intellige & ſimilium rerum) *uſus aliter amitti non poteſt, quam his caſibus*. Hoc in *L. etſi, 7. §. 1. D. uſufructuar. quem. cau.* Idque natura harum rerum & finis uſusfructus facit. Dantur enim res, ut fiant fructuarii, & quidem utendi, id eſt, conſumendi cauſſa. Proinde non finietur hic uſusfructus interitu, aut mutatione earum rerum, quia hoc ipſum agitur, ut conſumantur, atque ita conſumptione & mutentur, & intereant. Non finietur etiam hoc modo, ſi fructuarius rebus non utatur per modum & tempus: quoniam cum proprietas in eum transferatur, etiam hoc agitur, ut rebus utatur ſuo arbitratu: quandoquidem ita eſt poteſtas domini cuiuſque, ut ſit moderator, & arbiter rei ſuæ. *L. in re, C. mand.*

XV. Illuc redeo, recte dictum eſſe remedio huius cautionis introducto effectum eſſe ſenatuſconſulto, ut pecuniæ & ſimilium rerum non quidem proprie eſſet uſusfructus, quia ſenatus auctoritas naturam rei mutare non potuit: ſed quaſi uſusfructus inciperet haberi. *d. L. 2. de uſufr. ear. rer. d. §. conſtituitur*, in fin. *de uſufr.* Quod cum efficiatur hac cautione atque hoc remedio; apparet, cautione non interpoſita, nullum earum rerum uſumfructum intelligi poſſe. Eo fit, ut pecuniæ uſufructu legato, aut quod idem eſt, uſufructu legato omnium bonorum, in quibus eſt pecunia, quanvis hanc cautio-

rem [4] vetuerit exigi teſtator; tamen placeat eius pecuniæ nec uſumfructum nec proprietatem aliter accipi poſſe, quam oblata hac ſenatuſconſulti cautione *L. 1. C. de uſuf. L. ſi pecuniæ, D. ut in poſ. leg. eſſe lic.* Quippe iubetur ratum eſſe, quidquid teſtator teſtamento cavit: *L. verbis, D. de verbor. ſignific. §. diſponat, Novel. de nupt.* ſed hactenus, dum ne contra naturam, aut adverſus leges iuſſa ſint, quæ ſunt eiuſmodi, ut fieri non poſſint. *L. nemo, 55. D. de legat. 1.* Quod in prohibita cautione hac contingit. Nam pecuniæ uſusfructus natura eſſe non poteſt. Poteſt eſſe iure: ſed non aliter, quam interpoſita hac cautione. Ita fit, ut prohibita hac cautione uſumfructum pecuniæ legando, teſtator id velit, quod natura fieri non poteſt. Sed ut impoſſibili conditione legato adiecta, ita hic conditio pro non adiecta habebitur. Ideoque permittetur legatario ſatiſdare, & uſumfructum conſequi, ut eſt in *d. L. ſi pecuniæ, D. ut in poſ. leg.* Hæc ex eo, quod in pecunia & ſimilibus rebus non poteſt eſſe uſusfructus ſine cautione.

XVI. Quid ergo ſi res datæ ſint fructuario fruendi cauſſa ſine hac cautione? Et ſcriptum eſt in *L. 5. §. 1. D. de uſufr. ear. rer.* conſtante adhuc uſufructu ſi quis velit, poſſe omiſſam cautionem condicere incerti condictione: finito autem uſufructu poſſe condicere ipſam quantitatem. Condictio hæc repetitio eſt. Naſcitur ex hac cauſſa: quæ enim hic res dantur fructuario, dantur ob cauſſam, nempe ut fruatur, & finito uſufructu reddat. Hæc cauſſa non ſequitur, ubi cautio non intervenit. Iam enim dixi ſine hac cautione uſumfructum non eſſe. Sic fit, ut hic condictio intelligenda ſit ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta; vel condictio ſine cauſſa, quæ concurrit, & hic ex eadem cauſſa naſcitur. At quomodo hæc condictio ad cautionem condicendam; cum conſtet hac actione condici id, quod datum eſt ob cauſſam, in propoſito autem proprietarius nullam cautionem dederit, ſed rem fruendam? Recta competit hæc condictio ad rem datam repetendam: ſed alia via etiam cautionem repetit, & conſequitur. Fructuarius enim hac condictione conventus alterum cogetur facere, aut rem reſtituere, aut cavere. Quod ſi fit, habet proprietarius, quod petebat, & vere dicitur cautionem condixiſſe, qui eam per condictionem inſtitutam eſt conſecutus. Quoniam autem incertum eſt, utrum fructuarius præſtet, rem, an cautionem, bene dicta eſt hæc condictio incerti.

XVII. Sed ad hunc uſumfructum ſub hac conditione conſtituendum quid opus fuit auctoritate publica ſenatuſconſulti? Quid enim, an uſufructu pecuniæ legato non potuit conſtitui a Iuriſconſultis abuſive hic mutuum conſtitutum videri: ſub conditione tamen, ut non niſi iis caſibus, quibus finiri ſolet uſusfructus, pecunia redderetur? aut an non potuit etiam idem uſusfructus conſtitui, & eadem conditione, quem quave conditione a ſenatu conſtitutum videmus? Omnino a Iuriſconſultis neutrum potuit conſtitui. Mutuum quidem non potuit: Uſumfructum enim dixit teſtator. Repugnat verbis, ut accipiatur mutuum: Pugnat enim toto genere mutuum & uſuſfructus; in illo res transfertur: in hoc res manet aliena. Nec dici potuit dictum teſtatoris ſic accipiendum de mutuo propter uſum rei, quaſi abuſive vocatus eſſet. Aliud eſt enim ambigue & obſcure loqui, quod in diverſas partes trahi poſſit: aliud nominare rem unam rei & ſubſtantiæ vocabulo, cum aliam intelligas. Hoc poſterius qui fecit, nihil egit. *Qui aliud dicit*, ait Paulus, *quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat*, quia non vult: *neque id quod vult, quia id non loquitur*. L. 3. D. *de reb. dub.* Veluti ſi quis leget ſupellectilem, cum vellet veſtem legare: aut leget aurum, cum vellet legare electrum. *L. 4. D. de leg. 1.* Quod plane ei accidit, qui volens legare mutuum, legaverit uſumfructum. Quod ſi retentis verbis velimus conſtitui pecuniæ uſumfructum; id vero a privatis effici non potuit. Refragatur enim natura uſusfructus, quominus res detur fructuario, ut eius fiat, & quominus utendo conſumat; quamcunque rei reſtituendæ legem addideris. Quare ut hic uſusfructus eſſet, publica auctoritate in eo opus fuit. Et de ea re ſenatuſconſulto cautum. XVIII.

4) Conſentit Hot. ad *L. 1. C. h. t.* & per *d. L. 1.* & quia uſusfructus uti accidens ſine ſubiecto, vel vero, ut ſunt corpora; vel ficto, ut eſt cautio, conſtitui nequit. Et iure publico hæc cautio inducta privati voluntate mutari nequit. Bonum hoc argumentum, ſi inducta non tantum ad ſecuritatem concedentis, eiuſque favorem, ſed potius ex neceſſitate, ut fingi & haberi poſſit quaſi uſusfructus, adeoque ſi ſubſtantia uſusfructus in hac cautione conſiſtit, quod (licet acriter nec ſine ratione refragetur Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 78. & ſeqq.* qui tamen *n.* 76. a teſtatore remitti non poſſe fatetur) verius puto. Et placet Fabro 1. *Iuriſpr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 7. ut & velit, nec heredem ipſum poſſe remittere hanc cautionem, quia non magis fictione iuris quaſi uſusfructus ſine ea conſtitui poſſit, quam per rerum naturam aliquis eſſe. Diſſ. quoad hoc Gomez. 2. *Reſ.* 15. *n.* 3. volens quando conſtituitur contractui inter vivos remitti poſſe. Fach. 8. *Contr.* 42. Io. del Caſt. *de Uſuf. C.* 16. *n.* 26. *& ſeqq.* Paul. Buſius *ad L.* 4. *&* 5. *h. t. n.* 5. *&* 6.

XVIII. Poſt quod ſenatuſconſultum hæc ſententia recepta eſt de iis rebus, in quibus uſusfructus conſtitui poteſt, omnium rerum, quæ in bonis ſint, uſumfructum conſtitui poſſe. *L. 1. D. de uſufr. ear. rer. L. 1. D. de uſ. leg.* Proinde non tantum immobilium, ſed & mobilium, ut ante dixi: neque mobilium tantum, quæ uſu non conſumuntur: ſed & earum, quæ conſumuntur; tantum hoc intereſſe, quod in illis vere & naturaliter eſt uſusfructus: in his quaſi uſusfructus, qui proprio quodam iure conſtet prope ex omnibus partibus. Et ut ſingularum rerum uſusfructus legari & conſtitui poteſt; Sic poteſt & [5] omnium bonorum, & partis bonorum. In quibus quid contineatur, declaratur in *L. quoties*, 34. §. *ult. L. ſi alii*, 42. §. 1. *L. etiam*, *ſeq. D. de uſuf.*

XIX. Ius diligenter notandum, cum propter earum rerum uſumfructum nominatim conſtitutum, tum propter uſumfructum legitimum bonorum. In quo quæritur quid de his rebus, quæ uſu conſumuntur, & quatenus ad eum, cui uſusfructus tribuitur, pertinere debeat. Et maxime propter verba conſtitutionum ad hanc ſpeciem pertinentium, quæ rem dubiam faciunt. In primis vero, quæ ſunt de uſufructu bonorum adventiciorum filiifamilias. Quæ quo modo accipiendæ ſint, ex hac parte ſumi oportet. De his ſic Iuſtiniani lex eſt, ut eorum uſumfructum velit eſſe patris. *L. cum oportet*, §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Proinde ſi in bonis adventiciis filii erit pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aut res ſimiles: ſciemus earum etiam rerum uſumfructum eſſe patris, quoniam receptus eſt ſenatuſconſulto earum quoque uſusfructus. Et quoniam placet earum rerum uſumfructum eſſe, etiam earum proprietas erit patris, non filii, quia ita eſt iſtarum rerum uſusfructus, ut proprietas earum ad fructuarium transferatur. *d. L. ſi vini*, *D. de uſufr. ear. rer.* Atqui conſtitutio Iuſtiniani ita uſumfructum horum bonorum patri tribuit, ut proprietatem nominatim ei deneget, & tribuat filio. Sed intelligemus hanc partem de proprietate ad eas res, quæ uſu conſumuntur, non pertinere. Apparet enim ſuperius illud dictum eſſe de iis, in quibus repugnat uſuifructui proprietatem transferri ad fructuarium: quod iam didicimus in hoc genere rerum non contingere. Dicemus etiam, quod proprietas in his transfertur, pro proprietate translata habendum non eſſe, cum ſemper reſtituendum ſit tantundem ex eodem genere: quod facit, ut videatur res ipſa, quæ accepta eſt, reſtitui. Sed ut in his proprietas eſt patris pro conditione rerum, ita eadem conditio uſusfructus facit, ut ſi pereant, periculum ſit patris, qui quandoque finito uſufructu earum rerum, non rationem tantum, ſed ipſas res eiuſdem generis reddere debebit. Quod ergo eiuſdem principis conſtitutiones volunt bonorum adventiciorum adminiſtrationem liberam eſſe patri & impunitam, eamdemque immunem a ratiociniis, *L. cum oportet*, §. *non autem L. ult.* §. *ſin autem legata*, *C. de bon. quæ lib.* ne hoc quidem de his dictum eſt, quæ uſu conſumuntur. Quod ſatis intelligitur primum ex verbo adminiſtrationis, deinde quod eodem loco conſtitutiones in hac adminiſtratione excipiunt alienationem & hypothecam, quam nominatim patribus ſuo nomine denegant. Adminiſtratio eorum eſt, qui ad res alienas gerendas accedunt, non dominorum. Et ideo his denegatur alienatio ſuo nomine, quia res ad eos ſuo nomine non pertinent. At quæ res uſu conſumuntur, cum fiant patris, conſequens eſt, ut & libera ſit poteſtas patris de his ſtatuendi, & libera alienatio.

XX. Quod reliquum eſt, merito dubites, an de his conſuetam cautionem debeat præſtare pater deſideranti filio. Dubitatio ex ipſis verbis conſtitutionum. Nam hæ iubent excuſatum eſſe patrem & a ratiociniis, & a cautionibus, & ab aliis omnibus, quæ ab uſufructuariis extraneis a legibus exiguntur. *d. L. ult.* §. *ſin autem legata*, *C. de bon. quæ lib.* Rurſum eædem conſtitutiones nihil niſi uſumfructum in his bonis patri tribuunt; ut quamvis velimus earum rerum, quæ uſu conſumuntur, proprietatem fieri patris: tamen velimus id fieri uſusfructus iure, non alio iure. Porro in hoc genere rerum non eſt uſusfructus niſi ex ſenatuſconſulto, nec eſt ex ſenatuſconſulto, niſi interveniente cautione. *d. L. 2. D. de uſufr. ear. rer. d.* §. *conſtituitur*, in fin. *Inſt. de uſufr.* Quo fit, ut vel ipſo verbo uſusfructus, qui in his tribuitur patri, ſatis videatur ea cautio a patre exigi, ſine qua non ſit uſusfructus. Utrum ergo magis probamus?

5) Vid. Gœd. ad *L.* 165. *de V. S.* Io. del Caſtillo *de Uſuf.* C. 38. & 3. *ſeqq.* & C. 44. & 3. *ſeqq.* an & quando in eo legatu veniant res venales, Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 56. *n.* 6. & 7. Quæ in eo ratio Falcidiæ ineundæ Cuiac. *in Nov.* 18. *p. m.* 98. & *ſeq.* Caſtillo *d. Tr.* C. 60.

Ego puto recte exigi a patre, ut patiatur ſaltem [6] deſcribi, ſeu in inventarium redigi res, quæ ex iis bonis uſu conſumuntur. Conſtat enim id agendum eſſe, ut quandoque finito uſufructu tantumdem reddatur filio, ſive perierint res poſtea, ſive deteriores factæ ſint. Quod fieri non poteſt, niſi quæ res hæ initio fuerint, conſtet. Ut autem poſſit conſtare, deſcriptio earum præſtabit. Id ſi factum erit, cautionem a patre non anxie deſiderabimus, & multo minus ſatiſdationem, id eſt, fideiuſſores. Sic enim parebimus ei parti conſtitutionum, quæ iubet immunem eſſe patrem a cautionibus, & nihilominus recte conſuletur filio, cui ſatis cautum eſt iiſdem conſtitutionibus, dum iubent finito uſufructu, quod ex uſusfructus cauſa apud patrem eſt, id filio reſtitui. Quod ſi res deſcribi non patitur pater, puto ab eo recte cautionem deſiderari ex verbis etiam conſtitutionis; quia non recipiatur in his uſusfructus, niſi cautio interveniat, qua caveatur proprietario,

6) Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 23. Sc. Gent. *de Bon. mat.* C. 9. Solvitur tamen neceſſitate ſolemnia inventarii obſervandi, vid. Caſtillo *de Uſufr.* C. 3 *n.* 88. *& ſeqq.* Quæ remedia contra patrem bona dilapidantem vel de quo ſuſpicio diſſipationis? Vid. Pinel. *in d. L.* 1. *P.* 3. *n.* 75. *& ſeqq.* Modeſt. Piſt. *P.* 1. *Q.* 33. Sc. Gentil. *de Bon. matern.* C. 12. Franc. Munnoz. de Eſcobar. *de Ratiocin. adminiſtr.* C. 6. *n.* 5. *& ſeqq.*

CAP. V.

Quibus modis a privatis conſtituatur iure, uſusfructus: Tum quibus verbis conſtitutus intelligatur.

Conſtituitur ſuis modis uſusfructus; pactionibus & teſtamento. I.

Teſtamento quomodo, triplex huius conſtituendi ratio, & qualis. II, III.

Item conſtituendi teſtamento uſusfructus modus alius duplex; & qui de accreſcendo uſufructu cur alibi. IV. V.

Ut teſtamento conſtituatur ſola defuncti voluntas neceſſaria; traditio non item. VI.

Conſtituitur uſusfructus & pactis. Quæ ſint eiuſmodi. Quæ conſtituendi ratio, & quotuplex. VII.

Ad eius conſtitutionem quaſi traditio neceſſaria: & quare. Huius exempla. VIII.

An pure, & ex die; & ad diem certam & ſub conditione conſtituatur uſusfructus, quo opportuniore loco differet auctor. IX.

Quibuſcunque verbis, ſeu pactis, ſeu teſtamento conſtitutus valet uſusfructus. X.

Si verba teſtatoris ambigua, quæ ratio voluntatis interpretandæ. XI.

An fructibus, ſeu redditibus annuis fundi legatis, relictus uſusfructus intelligatur XII.

Conciliatur Labeo in L. cum ita 41. D. de uſ. & uſufr. leg. *cum Scævola in* L. Fundi 38. D. eod. *& in* L. defuncta 58. §. 1. D. de Uſufr. XIII. XIV. XV.

I. Atque hæc & perſonæ conſtituentis, & rerum in quibus conſtituitur uſusfructus, in privatis conditio eſt. Reſtat conſtituendi modus. Quiſquis enim uſumfructum conſtituet, & quarumcunque rerum conſtituetur uſusfructus, non conſtituitur, niſi iuſtis modis. Modi conſtituendi iidem, qui & cæterarum rerum transferendarum. Conſtituitur ergo uſusfructus a privatis aut teſtamento, id eſt, ſuprema voluntate, ſive teſtamento id fiat, ſive codicillis, aut inter vivos pactionibus ad res transferendas comparatis. *L.* 3. in pr. *D. de uſufr.* §. 1. in fin. *Inſt. eod.*

II. Teſtamento conſtituitur, cum teſtator legando alicui vel rem, vel uſumfructum rei, ſeparat uſumfructum a proprietate, ut unius velit eſſe uſumfructum, alterius proprietatem. Hinc mentio huius ſeparationis in *d.* §. 1. *Inſt. de uſufr.*

III. Contingit, ut ibidem indicatur, hæc ſeparatio tribus modis: ac totidem conſtituitur teſtamento uſusfructus. *L.* 6. in pr. *D. de uſufr.* Uno modo, cum teſtator fundi uſumfructum [1] legat alicui; quo caſu legatarius uſumfructum conſtituum

1) Caſus tamen quidam ſunt, quibus ſub nomine uſusfructus plena proprietas relicta cenſetur, habita ratione voluntatis magis quam verborum, de quibus conſule Menoch. 4. *Præſumpt.* 133. Io. del Caſtillo *de Uſuf.* C. 30. Huiuſmodi exemplum putatur in *L. Proculus* 19. *h. t.* quod tamen refellit Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 41. P. Buſius ad *d. L.* 19. Sed contra Pinellum adſtruit Caſtillo *d.* C. 30. *n.* 25. *& ſeqq.* noviſſime Timæ. Fab. *Lib.* 1. *Annotat.* C. 34.

Digitized by Google

tutum habet: heres nudam proprietatem. Altero e converſo, cum teſtator alicui legat fundum detracto uſufructu; quo caſu legatarius nudam proprietatem habet: uſusfructus relinquitur apud heredem. Tertio, cum teſtator legat duobus, uni uſumfructum fundi, alteri eumdem fundum deducto uſufructu, quo caſu prior ille habet uſumfructum, hic nudam proprietatem. Et quidem hic ſemper & ſtatim proprietatem, non autem heres, quanvis proponas alii uſumfructum legatum eſſe ſub conditione: *L. fundus. D. ſi uſusfr. pet.* Sed proprietatem nudam: ſi tamen ei fundus legatus ſit ita, ut propoſui, id eſt, fundus deducto uſufructu, ut teſtator hoc nominatim exprimat. Nam ſi ita leget, Titio fundi Tuſculani uſumfructum do lego. Sempronio eumdem fundum do lego: intelligetur etiam Sempronio uſumfructum cum proprietate dediſſe, quia in fundo legato dominii tranſlatio ineſt: in dominio ſemper uſusfructus tanquam pars intelligitur, niſi aperte ſeparetur, ut dixi in definitione. *L. ſi alii, D. de uſufr. leg.* Unde evenit, ut in hac ſpecie Titius & Sempronius in uſumfructum concurrant, ſitque hactenus inter eos ius accreſcendi. *L. 3. in fin. D. de uſufr. accr.*

IV. Conſtituitur teſtamento uſusfructus, alias recta, ut cum aperte alicui relinquitur: alias iure accreſcendi prius inter aliquos conſtituto. Nam ſi duobus eiuſdem fundi uſusfructus datus ſit, ab initio ſinguli ad legatum concurrentes nihil amplius, quam uſusfructus partem habent. Sed eſt inter eos ius accreſcendi legato conſtitutum. Eo iure fit, ut ſi in unius perſona amiſſus ſit uſusfructus, alteri coniuncto accreſcat. *L. 1.* & deinceps. *D. de uſufr. acc.*

V. Hinc quæſtio de huiuſmodi uſufructu accreſcendo, inter quos ſit hoc ius, quando, & cui ex hoc iure uſusfructus accreſcat. Quæſtio haud dubie ex parte ad acquiſitionem uſusfructus pertinens. Quam ob cauſſam videri poteſt non male ſubiecta in Pandectis *Titulo, de uſufructu*, in quo de acquirendo uſufructu agitur. Sed quoniam non prius hoc iure uſusfructus accreſcit, quam ſit finitus; & de finito quæritur, ad quem redire debeat, ad proprietariumne, an vero ad coniunctum: magis illius loci quæſtio eſt, in quo quæritur quibus modis uſusfructus amittatur, & quis exitus ſit eius amiſſionis in uſufructu amiſſo transferendo. Ad quam partem præcipue hæc quæſtio pertinet. Nam & repetitus uſusfructus cum fuerit amiſſus; acquiritur ei, in cuius perſona repetitus eſt. Nihilominus tamen propter ſuperiorem effectum amiſſionis hic locus de repetito in ea parte tractatus eſt. Quamobrem & quæſtionem eamdem de uſufructu accreſcendo in eum locum reiecimus. Redeo igitur ad illam uſusfructus a proprietate ſeparationem, quam dixi induci teſtamento, qua eadem conſtituatur uſusfructus.

VI. Quo loco hoc adiiciendum eſt, quocumque modo ex illis ſuperioribus uſus erit teſtator in ſeparando conſtituendoque uſufructu, illud tenendum eſſe, ſola voluntate defuncti conſtitui uſumfructum, nec deſiderari [2] traditionem vel heredis vel legatarii. Finge legaſſe eum alicui uſumfructum. Legatarius uſumfructum ſtatim vindicabit. *L. ſi Titio, 10. D. de uſufr. leg.* Non vindicat, id eſt, actione in rem petit, niſi ſuum iam factum. *L. uti frui, D. ſi uſusfr. pet.* ut & in rebus corporalibus non datur vindicatio, aut in rem actio, niſi ei, qui dominium acquiſivit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Finge e converſo teſtatorem legaſſe fundum deducto uſufructu. Recta via tranſit proprietas ad legatarium. *L. a Titio, 64.* in fin. *D. de furt.* Unde neceſſe eſt evenire, ut ſimul ſolus uſusfructus maneat apud heredem.

VII. Conſtituitur uſusfructus [3] pactionibus, ſi quæ ſunt idoneæ ad rem transferendam. Ut venditione, permutatione, donatione, ſtipulatione. Donationis mentio eſt in *L. 1. §.* pen. *D. de ſuperf.* ſtipulationis in *L. 3.* in pr. *D. de uſufr. §. 1.* in fin. *Inſt. eod.* Conſtituitur autem his modis, cum eadem ſeparatio uſusfructus intervenerit, quam modo in ſuprema voluntate uſurpari ſolitam diximus. Nam & hæc ſpecies eamdem illam ſeparationem admit-

2) Vid. Caſtillo *de Uſufr. C. 9.* Diſſent. A. Fab. *65. Error. Pragm. 2. pag.* 290. volens uſumfructum non poſſe recta via tranſire in legatarium, ſed traditione ac facto heredis opus eſſe ad eum conſtituendum, cum non niſi per ſeparationem conſtituatur, & nunquam teſtatoris fuerit, cui res ſua non ſervit. Sed his facile eſt occurrere. Nam & uſumfructum ante agnitionem acquiri ignoranti probat *L. 1. §. 1. de uſ. accr.* in verbo *repudiante*. Quæ actiones ſint ex legato uſusfructus, & quæ remedia eius obtinendi plenius, Caſtillo *d. Tr. C* 6. vid. & *de Uſufr. legato* Meno. *Lib. 4. Præſump.* 133. & 10. *ſeqq.*

3) Item locatione *L. 10. C. h. t.* ubi Hot. exponit quid inter locationem ſimplicem & uſusfructus interſit, videlicet quod hæc non vinculum tantum iuris, ſed dominium iuris transferat, quod requiratur cautio, quod modus utendi præſcribi nequeat. Cæterum *d. L.* 10. in eo quod *morte conductricis* finiri dicitur uſusfructus reſiſtit *L. 18. in fin. C. de iur. dot.* Unde Hot. *d. lo.* verbo *locavit* ſede dimoto, reponit verbum *ſucceſſit*. Sed venor conciliatio Mercerii in Conciliatore *p. 722. & ſeq.*

admittit. Poteſt unuſquiſque dominus vendere, aut donare alii uſumfructum rei ſuæ, ut uſusfructus ſit eius, cui venditus aut donatus eſt: proprietas nuda apud veterem dominum maneat. Licet hoc ſuperficiario in ædibus ſuperficiariis: *d. L.* 1. §. pen. *de ſuperf.* multo magis domino in re ſua. E converſo poteſt quivis rem ſuam alteri vendere aut donare, retento uſufructu, ut nuda proprietas tranſeat in eum, cui res vendita aut donata eſt: uſusfructus maneat apud venditorem aut donatorem. *L. quiſquis, C. de don.* Poteſt etiam dominus facere, ut hæc duo ad diverſos tranſeant, ut, ſi primo uſumfructum rei ſuæ vendat, deinde proprietatem quam retinuit, vel vendat alii, vel ex aliis cauſſis in alium transferat: qui ſunt tres modi, quibus ſupra, uſumfructum a proprietate ſeparari diximus.

VIII. Sed utrum teſtamento his modis conſtituatur uſusfructus, an pactionibus, hoc intereſt, quod ut in rebus corporalibus transferendis, quæ defuncti fuerunt, ſic in conſtituendo uſufructu, ut fiat eius, cuius teſtator eum eſſe voluit, ſola voluntas defuncti ſufficit, ut dixi. Pactio & conventio omnis ut de re corporali tranſferenda, ſic de uſufructu conſtituendo [4] traditionem deſiderat. Sic ius eſt de rebus corporalibus; traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri. *L. traditionibus. C. de pact.* Idem valet & in ſervitutibus, quatenus ſert earum natura. Tradi vero non poſſunt, quæ ſunt incorporales. At placet intervenire debere, quod ſit pro traditione, uſum domini ſervitutem conſtituentis, & patientiam. *L. quoties, ult. D. de ſerv. L.* 1. in fin. *D. de ſerv. ruſt. præd.* Id & ad uſumfructum pertinet. Unde ſi cui non acquiritur ſtatim uſusfructus conſtitutus, ut fit in pactionibus nudis de uſufructu conſtituendo; ut in teſtamento olim, cum legabatur per damnationem; nunc ſi legetur uſusfructus rei alienæ aut heredis: in his exigitur, ut detur uſusfructus fructuario: & dari intelligitur, ſi dominus, a quo eſt uſusfructus, induxerit fructuarium in fundum, eumve patiatur uti frui *d. L.* 3. in pr. *de uſufr.* Sane ſi quis rem vendendo aut donado uſumfructum rei retineat; ſtatim uſumfructum habere incipit ſeparatum a proprietate. Sed & hoc non ſine traditione. Retentio enim uſusfructus facit, ut credatur prior dominus continuo rem tradidiſſe, quaſi qui conſtituerit hoc modo ſe nomine emptoris aut donatarii poſſidere. *d. L. quiſquis, C. de don. L. quod meo, D. de acq. poſſ.* Poſt quam traditionem ſequitur, ut uſusfructus, qui manet, nudus ſit uſusfructus: quodammodo traditus a proprietario, dum patitur eum manere apud eum, apud quem erat prius transferendi cauſſa. Quod cum fit, etiam in rebus corporalibus traditio non eſt neceſſaria. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. dom.*

IX. Utriuſque modi commune hoc eſt, ut conſtitui poſſit uſusfructus & præſens, ideſt pure, & ex die, ideſt, non tantum in diem certum, ſed & ſub conditione, qui dies eſt incertus. *L. 4. D. de uſufr.* Poteſt & ad diem, aut conditionem. *L. cui uſusfructus, D. de uſufr. leg.* Aliter atque in ſervitutibus prædiorum. *L. 4. D. de ſervit.* Quorum de duobus prioribus dicemus poſtea in acquiſitione ſervitutum prædiorum, quæ pactionibus contingit: partim ut ſit locus expoſitus in commune; partim quia maxime ibi quærendi locus eſt, propter obſcurum reſponſum Papiniani de ſervitutibus prædiorum ad hanc partem pertinens: de duobus autem poſterioribus, quia ad finiendum uſumfructum pertinent, dicetur poſtea in uſusfructus amiſſione. Factum id eſt *huius Lib. Cap.* 16. Sed & ab initio pro parte indiviſa, vel diviſa uſusfructus conſtitui poteſt, ut utrobique diviſus ſit & certæ partis, non totius fundi uſusfructus. *L. 5. D. de uſufr. L. 1. §. ſi uſusfructus, D. ad leg. Falcid.* quod & ipſum in cæteris ſervitutibus diſſimile eſt, quæ ſunt indiviſæ. *d. L. 1. §. ſi uſusfructus, ad leg. Falcid.*

X. Illud tenendum eſt, ad rationem conſtituendi uſusfructus nihil pertinere, quibus verbis conſtituatur, dum hoc conſtet, de conſtituendo uſufructu actum eſſe. Valetque hoc in omnibus cum ſupremis voluntatibus, tum conventionibus, ut quibuſcumque verbis quid legatum aut conventum conſtet, tam ratum ſit, quam ſi ſolemnibus & legis verbis maxime quis uſus eſſet. *L. in legatis, C. de legat. L. omnes, C. de contr. & com. ſtip.*

XI. Solum hoc videndum, an verbis conſtitutus ſit uſusfructus. De quo ſæpe ambigitur, ſive quod teſtator alio verbo utitur in legando, quam uſusfructus; & dubitatur, num eo ſignificetur uſusfructus; ſive quod mentionem fructuum faciendo dubium facit, utrum de conſtituendo uſufru-

4) De quo & quod pactis nudis conſtitui nequeat vid. Caſtillo *de Uſufr. C. 10. n. 20. & ſeqq.*

uſufructu ſenſerit, an non ſenſerit. Cuius dubitationis explicandæ cauſſa ſi de verbis idem ſignificantibus quæritur, ſciemus hæc uſusfructus ſignificationem habere; fructum, habitationem, operas ſervorum, ius fruendi. *Vſusfructus, an fructus legetur*, inquit Ulpianus, *nihil intereſt: nam fructui & uſus ineſt*. L. per ſervum, §. 1. *D. de uſu & hab.* unde fructus pro uſufructu paſſim. *L.* 4. *de op. ſerv. L. cum filius*, 76. §. *dominus*, iuncta *L. Mævius*, 66. §. *pen. D. de leg.* 2. Inde & fructuarii nomen uſitatum pro uſufructuario. *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.* Habitatio interprete & conſtituente Iuſtiniano nihil aliud quam uſusfructus ædium. *L. cum antiquitas, C. de uſufr.* Operæ ſervorum, uſusfructus ſervorum. *d. L.* 4. *de op. ſerv.* Ius fruendi explicatio eſt verbi uſusfructus. Itaque hac circumlocutione velut definitione uſumfructum intelligimus. *L. uti frui, D. ſi uſ. pet. Inſt. de reb. corp.* illic, *nam & fructus*. Non eamdem ſignificationem eſſe conſtat fructuum, ſi quis fructus plurali numero nominet. Fructus enim, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt, ipſum autem ius utendi fruendi, incorporale, ut eſt in *d. Tit. de reb. corp. & incorp.*

XII. Inde dubitatum de hac ſpecie, ſi quis fructus annuos, aut annuos reditus fundi leget, videaturne uſumfructum fundi conſtituiſſe legatario, quia mentionem fructuum annuorum facit, qui eſſe ſolent in uſufructu; an vero non conſtituiſſe, quia verbo fructuum ipſe uſusfructus ſeu ius utendi fruendi non ſignificetur.

XIII. Dubitatio eo maior, quod videantur in hac ſpecie diſſidere veterum ſententiæ relatæ in Pandectas. Quæ nobis eo iuſtior cauſſa eſt hanc partem hoc loco attingendi, ut explicetur. Et in *L. antep. D. de uſ. leg.* itemque in *L. ſi quis ita*, 20. *D. de uſufr.* ita ſcriptum eſt de ſententia Labeonis: ſi quis ita legaverit, *fructus annuos fundi Corneliani Mævio do lego*, perinde accipiendum eſſe, ac ſi uſusfructus fundi eſſet legatus. Atqui fructus annui ſunt corpora. Proinde nihil minus, quam ius utendi fruendi, ut dixi. Fatetur Labeo; fatentur Iavolenus & Ulpianus, qui Labeonis ſententiam referunt, & probant in ſupra ſcriptis locis. Et ideo non dicunt hoc ſermone legatum eſſe uſumfructum: ſed ſermonem periode accipiendum, quaſi uſusfructus eſſet legatus. Et rationem reddit Labeo aliunde, quam ex ſignificatione fructuum ductam: quia, inquit, hæc mens fuiſſe teſtatoris videatur, *d. L. antep.* Unde ergo mens hæc intellecta præter rei legatæ ſignificationem? Ex verbis relicti his, quibus teſtator ſe hos fructus *dare legare* dixit. Hoc verbo *dandi legandive* ſignificat teſtator ſe poteſtatem facere legatario fructus annuos vindicandi, & ſibi ſumendi. Sunt enim hæc verba legati veteris, quod dicebatur per vindicationem, quo genere iubebatur legatarius rem ſibi habere, ſibique ſumere, eoque ut ſuum vindicare, ut docet Ulpianus in *fragmentis tit. de legat.* Theophilus ad §. 1. *Inſt. eod. tit.* Qui iure in alieno quid poteſt facere, & ſumere invito domino, huic ſervitus conſtituta eſt in alieno, ut oſtendimus in definitione ſervitutis. *L. quoties nec hominum*, ni fin. *D. de ſerv.* Uſusfructus igitur in propoſito conſtitutus, quia alia ſervitus eſſe non poteſt.

XIV. Sed duobus in locis diſſentire videtur Scævola. Primum in *L. fundi, D. de uſufr. leg.* ubi exemplo ſimillimo teſtator ita ſcripſit: *fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivet, dari volo*. Omnia, ut videtur, ſimilia. Reditus enim fundi [5] ſunt fructus. *L.* 7. in pr. *D. de uſufr.* Et his verbis, *dari volo*, non minus eos legavit, quam ſi dixiſſet, *do lego*. Negat tamen Scævola in hac ſpecie uſumfructum uxori conſtitutum: ſcribit enim heredem teneri, ut fructus & reditus annuos præſtet: cæterum poſſe fundum impune vendere, ut hæc præſtatio emptorem non ſequatur. Dici poteſt, olim ut hæc a veteribus ſcripta ſunt, nihil contrarii habere, quia hæc verba *dari volo*, ſunt verba fideicommiſſi. §. *ult. Inſt. de ſing. reb. per fid. rel.* Ulpianus in *fragmentis tit. de fideicommiſſis*. Illa autem, *do lego*, conſtat eſſe verba legati & quidem optimi & certiſſimi, nempe per vendicationem. Sed nihil agitur hac diſtinctione: non enim eo minus valuerunt iam olim fideicommiſſa temporibus Scævolæ. Hodie autem poſt conſtitutionem Iuſtiniani maxime hæc differentia ſublata eſt, qui exæquavit legata fideicommiſſis, & contra. *L.* 1. *C. com. de leg.* Ego puto & olim utrumque recte dictum eſſe manente fideicommiſſorum & legatorum differentia, & etiam nunc recte dici hac ſublata: Utrumque & verbis & voluntate teſtatoris recte defendi. Ad voluntatem enim

[5] *L.* 25. *de Uſ. leg.* Quod tamen dubium videtur Io. del Caſtillo *de Uſ. C.* 29. *n.* 26. quia redditus fere ſint, qui ex locatione, fructus qui ex corpore rei percipiuntur

nim conſtituendi uſusfructus multum intereſt, utrum teſtator ita dicat, fructus ſeu reditus illius fundi *do lego*: an vero ita, fructus ſeu reditus illius fundi *dari volo*. Prius qui dicit, poteſtatem, ut paulo ante dixi, facit legatario fructus ſumendi. Hæc poteſtas ſervitutem, & in propoſito uſumfructum habet. Poſterius qui dicit, nihil dicit omnino, unde poſſit intelligi uſumfructum conſtitutum, ſed omnia potius contra. Nam primum verbo fructuum, ſeu redituum, corpora fructuum ſignificantur, non ius fruendi. His autem verbis relicti, *dari volo*, aperte teſtator facit poteſtatem [6] heredi eos fructus ſumendi & dandi. Hac poteſtate heredi tributa, non modo non conſtituitur legatario uſusfructus, ſed etiam aperte denegatur. Quod enim dominus facit in re ſua, iure ſuo facit, libertatis, inquam, iure, non ſervitutis: quoniam res ſua nemini ſervit. *L. in re*, *D. de ſerv. urb. præd.* Nihil ad rem pertinet, quod Iuſtinianus differentiam inter legata & fideicommiſſa ſuſtulit, fecitque ut nihil intereſſet ad vim legati, utrum teſtator diceret, *do lego*, an vero *dari volo*, d. L. 2. *C. com. de legat.* Conſtitutio enim ad ea pertinet, quæ conſtat teſtatorem dari voluiſſe, quæ Iuſtinianus quibuſcunque verbis relicta ſint, pariter confirmat. Quod ſi quid teſtator datum noluit, non facit conſtitutio, ut ſit legatum præter voluntatem. Hanc enim Iuſtinianus tueri voluit, non adverſus eam facere, ut ipſe in hac ipſa parte nominatim teſtatur in §. 1. *Inſt. de legat.* Nunc autem in ſpecie propoſita negamus eum conſtituere voluiſſe uſumfructum, qui de reditibus fundi aut fructibus ita cavit, ut eos ab herede dari vellet.

XV. Alter eſt locus Scævolæ, quo etiam tum, cum in fructibus annuis relinquendis teſtator uſus eſt his verbis, *do lego*; tamen negatur uſusfructus conſtitutus: ut locus non magis obſtet dictæ *d. L. antep. de uſufr.* quam videtur ſuperius reſponſum noſtrum in iiſdem verbis repudiare. Is eſt locus in *L. defuncta*. 58. §. 1. *D. de uſufr.* Teſtator ita ſcripſit: *Sempronio do lego ex redactu*, ſeu ex reditu fructuum, *quos habeo in illo agro meo*, *partem ſextam*. Reſpondet Scævola non uſumfructum, ſed ex eo, quod redactum eſſet, partem ſextam legatam, nempe quam præſtet heres, non quam legatarius iure uſusfructus percipiat, quia prius negaverat uſumfructum legatum. Bene vero Scævola, nec quidquam hic prioribus contrarium. Aliud eſt enim legare fructus annuos; aliud ex redactu fructuum [7] partem aliquam. Quod & Scævola ſatis indicat, cum ait non uſumfructum legatum, ſed ex *redactu fructuum partem ſextam*. Qui legat fructus ipſos facit legatario ipſorum fructuum ſumendorum & percipiendorum poteſtatem, ut ante dixi: atque in eo eſt ſervitus. Qui autem legat ex redactu aut reditu fructuum partem aliquam, is prius vult fructus eſſe redactos, quam ex his ullam partem præſtitam, legatamve. A quo autem vult fructus iſtos percipi, & redigi? Ab herede videlicet, ſic deinde partem legatam ab eo præſtari. Apparet enim poteſtatem hanc fructuum redigendorum non eſſe collatam in legatarium. Quod autem in alium non confertur ex iure hereditario, id totum eſt heredis. *L. legatum*. 116. *D. de legat.* 1. Quod ſi in propoſito tribuitur heredi, ut ſumat ipſe & percipiat fructus, perſpicuum eſt relictum eſſe illi, ut faciat in ſuo, non ut alterum facientem cogatur pati. Ex quo intelligitur nec ſervitutem, eoque nec uſumfructum eſſe legatum, ut Scævola reſpondit *d. L. quoties nec*, in fin. *de ſervit.*

CAP.

6) Ita & Pac. 6. Q. 31. Bron. 1. *Aſſ.* 87. Et conveniunt fere Menoch. 4. *Præſ.* 136. Pinel. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat.* *P.* 2. *n.* 12. Caſtillo *d. C.* 29. *n.* 16. *& ſeq.* intereſſe ſcribente an verba ad legatarium directa vel ſimpliciter prolata, ubi uſusfructus relictus; an precaria & ad heredem relata, ut ab illius manu accipiat ubi annuum legatum *d. L.* 38. *& L. patrimonii* 22. *de uſ. leg.* Effectus autem magnus, nam poſteriore hoc caſu tantum oritur obligatio perſonalis, Pinel. *d. n.* 12.

7) Vulgo rationem *d. L.* 58. §. 1. in eo ponunt, quod ibi non omnes fructus legati ſed certa eorum pars. Quod licet impugnet Pinel. *d. loc. n.* 13. *ex L.* 76. *de R. V.* ab ea tamen non recedit *n.* 14. quia, inquit, relicta parte fructuum ea ratio, ne communio poſſeſſionis diſcordias pariat. Firmior eſt ratio, quam poſt Connan. 4. *Comm.* 3. adfert Caſtillo *d. C.* 29. *n.* 25. quia in *d.* §. 1. certa fructuum ſpecies deſignata. Nec pars fructuum omnium, ſed oleris & pomorum relicta. Nec igitur ſervitus uſusfructus conſtituta, cum is proventus omnes & quicquid ex re naſcitur contineat.

C A P. V I.

De uſufructu a iudice conſtituto. Quis recte conſtituat iudex: Quarum rerum; & Quomodo. Tum de uſusfructus uſucapione.

Conſtitutio uſusfructus a Iudice facta quæ. De ea triplex quæſtio. I.
Conſtituit uſumfructum Iudex in iudiciis diviſoriis dumtaxat: & quare. II.
Nec tamen omnium rerum, nec ſemper: quæ propoſitæ diſtinctionis, & exceptionis ratio. III.
Tota hæc conſtituendi ratio aut in adiudicatione conſiſtit. Qui talis adiudicationis effectus. IV.
Adiudicatus uni uſusfructus, alteri, cui adiudicata proprietas, non communicatur. Secus in ſimili legato; & quare. V.
Quæ commodior in iudicio diviſorio ratio adiudicandi uni uſumfructum, alteri proprietatem. VI.
Uſusfructus acquiritur etiam uſucapione; & quomodo. VII.

I. ET conſtituitur hoc modo uſusfructus a privatis. Etiam a iudice conſtitui poſſe propoſuimus. Idque ita fieri traditur in *L. 6. D. de uſufr.* his verbis: *conſtituitur* adhuc *uſusfructus & in iudicio familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, ſi iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii uſumfructum.* Quibus verbis breviter comprehenſa ſunt eadem illa tria, quæ in omni conſtitutione uſusfructus quærenda eſſe diximus. Quis hic recte conſtituat uſumfructum: Quarum rerum; & quomodo.

II. Uſumfructum hic conſtituit iudex: non omnis, ſed is ſolum, qui iudex eſt in iudiciis illis diviſoriis duobus, familiæ erciſcundæ, & communi dividundo: quoniam iſta adiudicatio proprietatis, & ſeparati uſusfructus ad diviſionem rerum comparata eſt. Huic autem diviſioni in his ſolum iudiciis locus.

III. Sed & natura horum iudiciorum nos admonet non in omnibus rebus inſtitui poſſe hanc diviſionem a iudice. Non certe poteſt in iis, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, quæ eædem uſu conſumuntur. Nam ſi commoditas diviſionis & æqualitas partium in dividendo quæritur, ut quæritur in iudiciis diviſoriis; conſtat nihil eſſe facilius neque commodius, quam eas res pro numero & reliqua quantitate dividere ex æquo inter ſocios. Quomodo & eorum obligatio iure dividitur inter plures dominos, aut heredes propter commoditatem. *L. cum Stichus*, in fin. *D. de ſolut.* Sed etſi de pluribus rebus dividendis agatur, placet in his iudiciis iudicem ſingulas ſingulis adiudicare debere, quia & hoc ad commoditatem diviſionis pertinet. *§. ſi familiæ*, *§. eadem*, *Inſt. de off. iud.* Sic ergo ſuperiori diviſioni, & conſtitutioni uſusfructus locus eſſe poteſt, quod quidem non conſentientibus partibus fiat; cum de una re dividenda agetur, & ea commode dividi non poteſt, ut latifundio aliquo, aut ædibus. Dixi locum eſſe poſſe, quoniam aliud ſequi poteſt iudex, & potius iuxta præſcriptum *§. eadem*, *Inſt. de off. iud.* rem totam, de qua agitur, uni adiudicare, & eum invicem alteri certa pecunia condemnare, Sed poterit, & hoc, quod nunc dicimus, ut uni proprietatem conſtituat, alteri uſumfructum. *L. ſi quis putans*, *§.* pen. *D. com. divid.* In quo quid ſit commodius ſociis ad diviſionem, iudex pro officio & æquitate iudicii æſtimabit.

IV. Conſtituendi ratio in harum rerum adiudicatione ea, quam diximus. Adiudicatio hæc ſtatim conſtituit uſumfructum, facitque proprium eius, cui adiudicatus eſt. *§. ult. Inſtit. de offic. iud.*

V. Illud notandum in hac adiudicatione, quod de ea traditur in *L. & puto*; 12. *§.* 1. *D. fam. erc* cum iudex alii fundum, alii uſumfructum fundi adiudicavit; non intelligi communicari uſumfructum: Aliter atque cum teſtator alii fundum, alii fundi uſumfructum legat, ut paulo ante diximus. *L. ſi alii*, *D. de uſufr. leg.* Quod ideo recte placet in teſtatore, quia ex verborum ſignificatione reſpondetur, a qua recedendum non eſt, niſi cum manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem. *L. non aliter*, *D. de leg.* 3. At nihilominus recte contra in iudicis diviſione; quia hæc ipſa diviſio his iudiciis propoſita declarat hanc mentem eſſe iudicis, ut ab omni communione diſcedatur. *L.* 1. *D. fam. erc.* Hoc vero aliter non fit, quam ſi non communicetur uſusfructus.

VI. Et nihil amplius de hac conſtitutione ſcriptum legimus in Pandectis, quam

iudicem in ſuperioribus iudiciis ita poſſe uſumfructum conſtituere, ut uni proprietatem adiudicet, alteri uſumfructum. *d. L. 6. de uſufr. d. L. ſi quis putans, §. pen. D. comm. divid. d. L. & puto. §. 1. fam. erc.* Quomodo autem, aut quam recte hæc conſtitutio tranſigatur, nuſquam adiicitur. De quo nonnihil amplius cognoſcendum eſt. Nam ut eſt conditio horum iudiciorum, eiuſmodi diviſio admitti poſſe non videtur. In his enim iudiciis ſic res dividi oportet, ut unius portio non prægravet, aut ſi prægravet, res condemnatione mutua ad æqualitatem deducatur, quo ſinguli ſocii conſequantur partem ſuam ſine ullo incommodo. *d. §. ſi familiæ. §. ſi eadem, Inſt. de off. iud.* At inter proprietatem quæ adiudicatur uni, & uſumfructum, qui adiudicatur alteri, nulla eſt æqualitas. Proprietas enim perpetua eſt, & finito uſufructu hunc ipſum ad ſe recipit, & habet perpetuum: uſusfructus autem temporalis, & interdum ſæpe exigui temporis: durat enim tantum ad ſummum, quandiu fructuarius vivit, ut dicetur ſuo loco. Poteſt autem ille cras mori, poteſt poſt menſem, poteſt poſt annum unum aut alterum: quidquid id eſt, vix eſt, ut excedat centum annos. Intelligendum eſt igitur & in hac ſpecie adhibendas eſſe condemnationes, quarum mentio eſt in *d. §. ſi familiæ, & §. eadem*: quibus res ad æqualitatem redigatur. Id autem ſic videtur recte fieri poſſe. Iudex eum, cui uſumfructum adiudicabit, condemnabit ſocio, ut ei ſingulis annis fructuum partem præſtet, aut eius partis, ſi ille volet, æſtimationem. Contra ei, cui adiudicabit proprietatem, æſtimabit fundum totum una cum uſufructu, & in partem eius æſtimationis condemnabit eum fructuario, non ut illi eam partem ſtatim præſtet: ſed ſingulis annis tantum, quantum ipſe perceperit ex fructibus, qui a fructuario præſtabuntur; aut ſi videtur, invicem ſummas compenſabunt. Finito autem uſufructu damnabitur, quod reliquum erit ſummæ principalis adhuc debitæ, ſolvere vel fructuario, vel heredi eius. Hac ratione fit, ut ambo conſequantur partem uſusfructus, & ambo partem integram proprietatis. Sed hic occurritur. Quid enim opus eſt hac circuitione, cum poſſit iudex ſemel & ſtatim rem tranſigere, uni fundum in ſolidum adiudicando, & eum viciſſim in partem æſtimationis fundi alteri condemnando? Et verò ita fieri debere cavetur in *d. §. eadem, Inſt. de off. iud.* Sed ſciendum eſt utilem diviſionem eſſe hanc, quam diximus, inter eos ſocios, qui ſunt profuſiores, aut parum providi rerum adminiſtratores; nec eſt, unde vivant, niſi ex reditibus. Uſus hic erit, ut ne pecuniam aut rem acceptam ſtatim conſumant, ſed habeant in ſingulos annos, unde vitam tolerent.

VII. Hactenus uſusfructus conſtitutus, quem partim lege & iure ipſo conſtitui diximus, partim alieno facto atque opera. Etiam uſu, ut eſt propoſitum, & poſſeſſione noſtra, non aliunde, nobis acquiritur. Ut res corporales; ſic uſusfructus, & reliquæ ſervitutes uſucapi poſſunt. *L. ult.* in fin. *C. de præſcr. long. temp.* In quo quæ corporales res uſucapiendi ratio eſt: eadem eſt & uſumfructum uſucapiendi. Si quis igitur, qui rei dominus non erat, eius rei uſumfructum nobis legaverit, vendiderit, donaverit; nos eam rem ex aliqua harum cauſſarum aut ſimili fruendi cauſſa traditam bona fide acceperimus, dum putamus eum, a quo uſusfructus conſtitutus eſt, dominum eſſe, aut ius conſtituendi habere: uſu fit noſter uſusfructus, ſi rem continenter poſſedimus, tenuimus, mobilem quidem triennio; immobilem autem autem decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes. *d. L. ult.* in fin. *C. de præſcr. long. temp.* Nam & ſic res corporales a non domino traditæ nobis uſucapiuntur. *Inſtit. de uſuc.* in princip.

CAP.

C A P. VII.

Conſtituti uſusfructus conditionem ita eſſe, ut commodis conſtet, & ſuis oneribus. Commoda fructuario ſumma tria hæc eſſe: Naturalem poſſeſſionem rei fructuariæ; Adminicula uſusfructus; Ipſum ius utendi fruendi. Quæ hic poſſeſſio propria fructuarii. Quænam iſta adminicula uſusfructus. In iure utendi fruendi, quæ res huic iuri ſubiiciantur: Tum quis ſit is uſus & fructus, qui fructuario concedatur.

Ius fructuarii ſua habet commoda, & onera. Utraque quid ſint, obiter I.

Fructuarii commoda tria, & quæ. Unum ex illis primarium, *& quale;* ſecundaria *alia duo, & quid ita.* II.

Si eadem iura plene omnia fructuarii, uſu alteri dato, fructuario ex parte detrahantur: quomodo partes utriuſque temperandæ. III.

Ius fructuarii minus præcipuum, naturalis poſſeſſio, & detentio in omni re fructuaria, quandiu durat uſusfructus. IV.

Sed & ex iure *fructuarii* ſecundario *ſunt uſusfructus adminicula: & quare. Quid illa; & unde appellata.* V.

Tria iſta, & quæ neceſſario præſtanda fructuario, & vel invito teſtatore, & quatenus ſingula. VI.

Ius, & commodum fructuarii proprium & ſummum quid. Quæ ex huius definitione rerum partitio, deinde ordinis ratio atque uſus. VII.

Singularum rerum legato uſufructu, quæcunque legatæ rei partes, quæ ſub eius appellatione continentur, ſive initio adfuerint, ſeu poſtea acceſſerint, veniunt in uſumfructum. VIII.

Sed & res, quæ vel fructuariæ rei cauſa paratæ, vel deſtinatione patris familias in uſum rei traductæ, aut natura veluti fundo addictæ, etſi rei partes non ſunt; hæ tamen uſufructu continentur: triplicis illarum generis exempla. IX.

Fructuarii uſus in eo poſitus, ut ſecundum modum & conditionem cuiuſque rei utatur. Exempla. X.

I. Conſtituto, quæſitoque uſufructu, ſequitur, videamus de iure fructuarii, quodnam id ſit, & quomodo conſervetur. Quod ſecundum eſſe dixi in hoc genere ſervitutum, ut & in omni alio iure, de quo cognoſceremus. Conſtat hoc ius fructuario, ut alia pleraque quæ in alieno habentur, commodis & oneribus. Commoda voco, ea quæ fructuarius habet in re fructuaria. Onera, ea, quæ in re fructuaria, aut propter rem fructuariam præſtare cogitur.

II. Commoda ac veluti iura fructuarii in re fructuaria hæc ſunt: poſſeſſio naturalis rei; adminicula uſusfructus; utendi fruendique ius, id eſt, uſus, & fructuum perceptio. Ex quibus ius utendi fruendi ſummum, & principale fructuarii ius eſt: utpote in quo ſolo uſusfructus conſiſtat, unde & nomen habet. Superiora illa magis per conſequentiam accedunt: dum ideo tribuuntur, quia ſine his fructuarius uti frui, ut vult, non poteſt. Prius eſt enim, ut quis rem teneat, quam ut ea uti poſſit. Proximum, ut ſi quid ei uſui obſtet, id contrariis rebus fructuario amoveatur. Illic poſſeſſio eſt rei: hic adminicula uſusfructus.

III. Omnia tamen pariter uſusfructus, & fructuarii; & quidem plene omnia. Quod tamen ſic accipiendum erit, niſi quid detraxerit voluntas teſtatoris. Quod fit, cum alii uſus, alii fructus eiuſdem rei legatur. Quo caſu apparet, quantum uſuario datum eſt, tantum ademptum fructuario. Ideo recte placuit in hac ſpecie id perceptum fructuarium, quod uſuario ſupererit. Ut tamen & ipſe fruendi cauſſa etiam [1] uſum habeat. (*L. ſi alii.* 42. in pr. *de uſufr.* Quomodo autem ambo hic

1) Nemo enim frui poteſt qui non utatur. Nam ut iter in actu *L. 4. ſi ſer. vindic.* ita uſus in fructu, Vult. *in pr. I. h. t. n.* 13. Nec obſt. *L. 5. §. 2. Uſuf. quem. cav.* Nec enim ibi dicitur fructum, ſine uſu eſſe poſſe, ſed obtigiſſe, id eſt fructum ſimpliciter, non uſumfructum legatum eſſe. Charond. 1. *Veriſim.* 21. vid. & hac de re Cuiac. 14. *Obſ.* 23. Gilb. *Reg.* 1. *Enant.* 11. P. Fab. *ad L. 12. de R. I. initio* Pac. 3. *Q.* 49. Bron. 1. *Aſſ.* 88. Caſtillo *de Uſufr. C.* 29. *n.* 14. & *ſeq.* noviſſime Marc. Lyclama *Lib. 5. Membr. ecloga* 23. Oſtendens *d. L. 5. §. 2.* non probare fructum ſine uſu eſſe poſſe, ſed contrarium. Nam ideo tum locus eſt ſtipulationi dolum abeſſe &c. quia dolus non abſit, quando fructum ſine uſu heres legatario conatur obtrudere, cum ſine eo eſſe nequeat, *L. 14. §. 1. de uſu. & hab.*

hic in uſum concurrant, ut unus habeat uſum, alius fructum ſine uſu, declaratur in *L. per ſervum*, *§. ult. D. de uſu & hab.* Sed & uſusfructus in fundo, certæ [2] rei uſu, quæ inde ſumatur, definiri poteſt, ut hanc non excedat. Veluti, ſi quis mihi conſtituerit in ſuo ius cretæ eximendæ, ſi quatenus ad fundum meum tantum opus ſit, prædii ſervitus eſt: Si ut vaſa fiant in meis figulinis, &, ut vaſa veneant, figulinæ exerceantur, eſt uſusfructus. *L. ergo. L. veluti*, *ſeq. D. de ſerv. ruſt. præd.* Et tamen non longius progredietur hic uſusfructus, quam ut creta eximatur, quia hac re atque hoc uſu a teſtatore definitus. Quod ſi nihil eiuſmodi de pleno uſufructu detractum erit, vere dixerimus, ſuperiora omnia eſſe fructuarii in ea re, in qua uſusfructus datus eſt.

IV. In primis autem fructuarii eſt poſſeſſio [3] naturalis in omni re fructuaria; non ſolum ut initio res illi tradi debeat, quo conſtituatur uſusfructus: ſed etiam ut re tradita debeat poſſeſſio ſeu detentio rei apud eum manere, quamdiu uſusfructus perſeverabit. Id facit uſus & fructus, quos ex re aliqua percipere quoties libet non poſſumus, niſi res ſit in manu & poteſtate noſtra, ut cum volumus uti frui, quominus id faciamus, nihil ſit impedimento. Hoc autem eſſe in iure fructuarii, ut res ei tradatur, eamque naturaliter teneat fruendi cauſſa, hæc declarant. Primum cautio, quam initio præſtat, qua inter cætera promittit ſe, cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum, quod inde exſtabit. *L.* 1. in princ. *D. uſufr. quem cau.* Non reſtituit, niſi quia prius habuit conſtante uſufructu. Sed & illud certius, quod traditur, fructuarium naturaliter videri poſſidere. *L. naturaliter, in princ. D. de acq. poſſ.* Dictum eſt videri, quia ſimpliciter vere non poſſidet. *§. idem placet*, *Inſtitut. per quas perſ. nob. acq.* Videtur tamen, quia tenet naturaliter, ut ſolent ii, qui vere poſſident. Certe tenere eum naturaliter ſcribit Papinianus in *L. poſſeſſio.* 49. in princ. *D. de acq. poſſ.* Naturaliter autem valet corporaliter, quia naturaliter, id eſt, ſecundum naturam, res tenetur, poſſideturve, cum tenetur corpore, cum corpore ei inſiſtitur. *L.* 1. in princ. *D. eod.* Sed detentio naturalis ſolum fructuarii eſt. Vere, ut dixi, non poſſidet. Solus enim poſſidet, qui affectu domini rem tenet: fructuarius autem ſcit ſe dominum non eſſe. *d. §. idem placet.* Hoc eo pertinet, ut ſciamus eum quantocunque tempore rem tenuerit, non uſucapere, *d. §. idem placet.* Indeque dictum eſt illud in *L. neque C. de uſufr.* neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum uſumfructum habet; neque ſucceſſores eius ex eadem cauſſa tenentes ulla temporis præſcriptione muniri.

V. Adminicula uſusfructus vocamus ea, ſine [4] quibus fructuarius ad rem pervenire, ut eam teneat, aut cum pervenerit, & tenebit, ea recte uti frui non poteſt. Hæc etiam uſumfructum ſequuntur: alioqui nullus ſit uſusfructus. *L.* 1. *§.* 1. *D. ſi uſufr. pet.* Sic & rebus cæteris conceſſis, generaliter conceſſio ita habetur, ut omnia ſimul conceſſa intelligantur ſine quibus res exerceri non poteſt; quod de iuriſdictione conceſſa traditur in *L.* 2. *D. de iuriſd.* de reliquis ſervitutibus, quæ prædiorum ſunt, in *L.* 3. *§. ult. D. de ſerv. ruſt. præd.*

VI. Huius generis adminicula in uſufructu; aditus ad rem fructuariam; ſervitutes neceſſariæ; in ſervos fructuarios modica coercitio. Uſufructu ædium aut fundi legato, debetur aditus *d. L.* 1. *§.* 1. *ſi uſuſf. pet.* Nec intereſt, fundus vicinus, per quem aditus eſt, hereditarius ſit, an alienus. Nam etſi alienus ſit, nihilominus cum herede agi poteſt ex teſtamento, ut præſtet. Ibidem. *L. & ſervum.* 44. *§. ul. D. de leg.* 1. *L. damnas. §.* 1. *D. de uſuf. leg.* Et debetur aditus non quivis, ſed qualem uſusfructus perceptio deſiderat. Itaque ſi itione tantum opus eſt in fundum, debebitur tantum iter: ſi curru ad onera invehenda, aut evehenda, præſtabitur etiam & via, *d. L.* 1. *§.* 1. *ſi uſufr. pet.* Hæc ita accedunt, ut quamvis

quis

2) Quod *dd. LL.* eum vix probare videantur, vix eſt ut probem per *L.* 7. *pr. L.* 9. *pr.* & *C. h. t.* ut in initio *Cap. ſeq.* Nam in *d. L.* 5. certe agitur de ſervitute reali. Et hæc ſententia eſt: Ius cretæ eximendæ, calcis coquendæ, reale conſtitui nequit niſi illi, cui fundus vicinus, & ſi maxime poſſit, caſibus quibus vicinum fundum habet cui hoc ius conſtituitur, non ultra poſſe, quam quatenus non domino prædii ad quemcunque uſum, ſed quatenus prædio illi dominanti conducit. Hoc declaratur in *L. 6. pr.* veluti ſi figulinas haberet fundus ſerviens, in quibus ea vaſa fierent quibus fructus eius fundi exportarentur. Hoc caſu erit ſervitus realis, ius figulinæ exercendæ, quatenus ad fundum dominantem opus. Sed ſi, ut vaſa venirent, figulinæ exercerentur, uſusfructus erit (& ſervitus perſonalis, non totius fundi, ſed ſpeciatim earum figulinarum, quia non reſpicitur utilitas prædii eius cui hoc ius conſtitutum. Atque ita hic non eſt certæ rei uſus fructuario, ſed figulinis plene utitur fruitur, non ad neceſſitatem tantum ſuam, ſed & quæſtum cum vaſa vendere poſſit.

3) Vid. *Lib.* 5. *C.* 6. *N.* 22. Add. Vult *in pr. l. de interd. n.* 19. Io del Caſtillo *de Uſufr. C.* 6. *n.* 28. & *ſeqq.* qui vult fructuarium naturaliter poſſidere, nomine proprio, ſibi & non domino.

4) Per quæ tamen ſubſtantia rei non immutatur, ſed conſervatur, vid. Caſtillo *C.* 33. *n.* 14. & *ſeqq.*

quis uſumfructum loci ita reliquerit, ne ea heres cogatur præſtare, nihilominus debeantur. Inutiliter enim hoc vetat, qui legat uſumfructum, cum ſine his non ſit uſusfructus, *d. L.* 1. §. 1. *D. ſi uſusfr. pet.* Eadem res facit, ut ſi poſtea aditum adimat, nihil adimat. Quia quod ab initio detrahitur inutiliter, id multo minus poſtea utiliter poteſt adimi, *ibidem*, & *L.* 1. *D. de adim. legat.* Nec minus debebuntur ſervitutes reliquæ, ſi quæ ſint ad fruendum neceſſariæ, ut aquarum, & luminum, *d. L.* 1. §. 1. Proinde ædium uſufructu legato, ſi ædes non habeant lumen, aut non tantum, quantum habitantibus ſufficit; cogetur heres tantum præſtare, depoſita ea parte, quæ altius ſublata obſtruebat luminibus; hactenus tamen, ut non cogatur tantum præſtare, quantum fructuarius volet ad commoditatem, aut amœnitatem; ſed quantum ſufficiat ad uſus diurni moderationem. *L. ſi is qui binas.* 30. *D. de uſuf. L. Gaurus*, in fin. *D. de ſerv. urb. præd.* Et ſi vicinæ ædes alienæ ſunt, etiam heres ſervitutem luminum redimere debebit. *d. L.* 1. §. 1. *ſi uſusf. pet. L. ſervum.* 44. §. *ult. de leg.* 1. Eamdem cauſſam habet ſervi caſtigatio fructuario conceſſa. Nam ſervi fructuarii fructus eſt in operis ſervi. Idcirco ut hunc fructum percipiat fructuarius, debet ſervus operari. Quid ergo ſi nolit? nempe cogendus eſt. Quomodo vero cogetur? Non poteſt aliter, quam adhibita caſtigatione: hinc caſtigatio ad eam rem fructuario conceſſa, modica tamen, quæ rei conveniat ſcilicet, ut neque torqueat, neque flagellis cædat. *L. ſed ſicuti.* 23. §. 1. *D. de uſuf.*

VII. Quod in his commodis proprium & ſummum eſt uſusfructus, & cuius cauſſa ſunt reliqua, eſt ius utendi fruendi. Uti frui eſt uſum & fructum rei fructuariæ percipere. Utilis definitio, non quæ rem ſtatim explicet: ſed quæ nos ſtatim admoneat, quibus rebus tanquam partibus conſtet huius commodi acquiſitio, de quibus deinde ordine quærendum ſit: ut cum de ſingulis conſtiterit, tum ius ipſum & commodum recto ordine & ſuis partibus dilucide expoſitum teneamus. Indicat autem conſtare hanc acquiſitionem tribus his rebus: re fructuaria, in qua quærendus ſit hic uſus & fructus: re quæ quæritur, ideſt, hoc ipſo uſu & fructu: tum huius ipſius uſus ac fructus acquirendi ratione. Rebus ad hanc acquiſitionem ita neceſſariis, ut ſi quid earum deſit, non ſit huic commodo locus. Quare ſciamus ad huius partis cognitionem totidem hæc diſtincte quærenda & cognoſcenda eſſe. Quarum rerum uſusfructus conſtitutus intelligatur: Quid ſit hic uſus & fructus, ſeu quid ſit in uſu, quid in fructu: tum Quid ſit hoc percipere modus ſcilicet, quo hic uſus & fructus acquiratur.

VIII. In rebus, ſi omnium bonorum uſusfructus legatus eſt, quæſtio [5] tollitur. Nulla enim res excipitur, in qua non ſit uſusfructus. At cum legatur uſusfructus ſingularum rerum, ut ædium, fundi, ſeudi alicuius; quæri ſolet, primum quid contineatur appellatione earum rerum: deinde nihilne amplius veniat in uſumfructum, quam quod earum rerum pars ſit. Et ſi de rebus ipſis appellatis quæritur, placet cuiuſcunque rei uſusfructus conſtitutus eſt, eius omnes partes ſine exceptione conſtitutione contineri; ut earum uſusfructus ad fructuarium pertineat, ſive quæ fuerint ab initio, cum uſusfructus conſtitutus eſt, ſive quæ poſtea acceſſerint. Ut puta, ædium uſufructu legato, uſusfructus conſtitutus intelligitur ædificiorum, arearum, horti, locorum ſubterraneorum, ut cellæ, & generaliter quæcunque ſunt ædium partes. *L.* 7. in pr. *D. de uſufr.* Ædium partes quæ ſint, declaratur in *L. Iulianus*, §. ult. & aliquot *LL.* ſeqq. *D. de act. empt.* fundi uſufructu legato, omnes partes fundi hoc iure tenentur, ideſt, non ſuperficies tantum, ut ager, vites, arbores, ſilvæ: ſed & inferiores partes terræ, ex quibus fructus percipi poteſt, ut [6] lapidicinæ, cretæ, arenæ, & metallorum fodinæ, *L. item ſi fundi*, 9. in pr. & §. 2. *D. de uſufr.* Neque tantum, ut dixi, id iuris eſt in iis partibus, quæ initio conſtituti uſusfructus fuerunt: ſed etiam in iis, quæ poſtea ita acceſſerunt, ut fundi fructuarii partem facerent; ut, ſi quid alluvione acceſſerit, alluvionis quoque uſusfructus ad fructuarium pertinebit. Quippe poſt alluvionem cœpit eſſe pars fundi; nunc autem totius fundi uſusfructus legatus eſt. *d. L.* 9. §. *huic vicinus.* Alia cauſſa eſt eius inſulæ, quæ iuxta fundum fructuarium nata eſt. Hæc,

ut

5) Non tamen omnimodo: vid. auctores citatos *ſupr. C.* 4. *N.* 4. Cæterum *nihil intereſt bonorum quis, an rerum uſumfructum legaverit. L. ult. D. de uſ. leg.* ut rectius Florentini codices, licet vulgati habeant: *Multum intereſt*, quod probat A. Fab. 5. *Conject.* 14. qui idem pro verbis *tertia partis* voculam *certarum* ſubſtituit. Sed commodus Florentinæ lectionis ſenſus. Nec reſiſtit verſus extremus, quia is de uſufructu certarum rerum; at initio dixerat de uſufructu rerum ſimpliciter relicto, ubi per res omnia bona ſignificantur, arg. *L.* 14. §. *ult. ad SC. Treb.*

6) *L.* 13. §. 5. *h. t.* vid. Io. del Caſtillo *de Uſuf.* C. 37. qui aliquot caſus diſtinguit, ubi & *n.* 10 *ac ſeqq.* tractat de impenſis factis ad venas inquirendas, an & quando earum repetitio ſit.

ut alluvionis incrementum, licet proprietati accedat: placet tamen eius uſumfructum ad fructuarium non pertinere. *d. L. 9. §. huic vicinus*. Nempe quia alluvionis incrementum fundo cohærens eiuſdem fundi partem facit: inſulæ incrementum [7] ſeparatum eiuſdem fundi pars dici non poteſt: quam rationem Ulpianus fortaſſe ſenſit in *d. L. 9. §. huic vicinus*. Sed parum explicate. Eadem refectionis, quæ alluvionis ratio eſt. Non tantum ſi quid refecerit fructuarius in re fructuaria, eo utetur: ſed etſi refecerit ipſe dominus, patietur fructuarium uti. Utrumque enim pariter acceſſit rei fructuariæ, & eiuſdem corporis pars eſſe cœpit. *L. 7. §. quoniam, D. de uſufr.*

IX. Quod ſi quæritur, de aliis rebus, quæ rei appellatæ partes non ſunt: placet etiam ex his pleraſque in eundem uſumfructum venire. Et generaliter omnes, quæ ad eam rem, cuius uſusfructus legatus eſt pertinent, quarum genera tria veteribus placere animadverto. Primum, ſi quæ rei fructuariæ cauſſa paratæ ſunt. Ut, fundi legato uſufructu, etiam inſtrumenti uſusfructus datus intelligitur. *d. L. 9. §. inſtrumenti*, *L. ſed ſi quid 15. §. proprietatis de uſufr.* quia inſtrumentum ad fundum pertinet, ut fundi cauſſa paratum. In inſtrumento enim fundi ſunt ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conſervandi cauſſa parata ſunt. Quæ qualia ſint, declaratur in *L. in inſtrumento, D. de inſtrum. inſtr. leg.* Secundum genus eſt ferarum beſtiarum, quæ in fundo ſic habentur, ut ibi tanquam domicilium & ſedem habeant, ſtabulentur, paſcantur. Nam & hæ velut fundo traditæ, quodammodo ad fundum pertinent, etſi ſatis conſtat eas fundi partes non eſſe. Et ideo fundi uſufructu legato placet etiam apum, quæ in fundo ſunt, item venationis ferarum uſumfructum ad legatarium pertinere. *d. L. 9. §. 1. §. aucupiorum, D. de uſufr.* Poſtremo & quæ extra fundum ſunt, cuius uſusfructus legatus eſt, uſu quodammodo & deſtinatione patrisfamilias interdum ad fundum fructuarium pertinent. Quod cum ſit, etiam hactenus in eumdem uſumfructum vocantur. Cuiuſmodi eſt, ſi ſit ager, unde palo in fundum, cuius uſus uſusfructus legatus eſt, ſolebat paterfamilias uti, vel ſalice, vel arundine. Non eſt quidem is ager pars fundi fructuarii, nec in fundo fructuario aut habetur, aut haberi poteſt. Conſtat tamen eum habere aliquid, quod voluntate domini ad fundum fructuarium pertineat; id ſcilicet, quod inde ad fundum fructuarium ſumere ſolebat dominus. Ideo placet & fructuarium ita uti poſſe: ſed hactenus, ne ex eo vendat. *d. L. 9. §. inſtrumenti, D. de uſufr.* Recte, ne vendat. Non enim iſta pertinent ad fundum fructuarium, ſi alibi, quam fundi cauſſa his fructuarius utitur. Non utitur autem in fundo, qui vendit.

X. Iam videamus, quis ſit is uſus & fructus, quem in his rebus quærimus. Uti eſt rem tractare & exercere ad aliquem uſum & commoditatem noſtram, tantumque inde ſumere non quantum libeat, aut capi poſſit etiam ad compendium, ſed quanto eſt opus: idque facere ſecundum conditionem rei, ideſt, ad eum uſum, ad quem res parata eſt. Prior pars huius definitionis, quia uſus nudi propria eſt, in uſu amplius exponetur. Illa, quæ uſui cum fructu communis eſt, nunc a me attingetur. Eſt igitur ita, ut hic ſolus uſus ſit fructuarii, cum quis ſecundum conditionem cuiuſque rei ea re utitur. Exempli cauſſa, ædibus utimur ad inhabitandum; fundis ad fructum capiendum; iumentis & ſervis ad operas, navi ad navigandum; veſtimentis ad induendum. Ad hæc omnia recte utetur fructuarius re fructuaria; ſecus non licet. Quinimo & in his ipſis hic modus eſt, ut in his quoque utatur ſecundum rei cuiuſque conditionem, extra quam qui utitur, abutitur, non utitur. Uſus autem datus eſt, non abuſus. Definitio poſita ab Ulpiano in ſervis in *L. ſed ſi quid, 15. §. 1. D. de uſufr.* quæ ad alias res omnes, quarum uſusfructus legatus erit, transferenda eſt. Exempla hæc ſunt. Ædium uſufructu legato, fructuarius cœnaculis ut cœnaculis utetur, ſtabulo ut ſtabulo; piſtrino ut piſtrino. Ex cœnaculis non faciet meritoria, non piſtrinum ex ſtabulo, non ex piſtrino ſtabulum. Atque ita de reliquis partibus domus ex uſu cuiuſque iudicandum eſt. Quod explicatur pluribus in *L. ſi cuius, 13. §. ult. de uſufruct.* Similiter & ſervorum uſufructu conſtituto, ſervis ſecundum miniſteria & artificia cuiuſque utetur: miniſteria non muta-

7) Eadem ratio eſt Connani 4. *Comm.* 1. *n.* 3. quam & approbat Caſtillo *d. C.* 37. *n.* 23. Aliud igitur erit, quod hi volunt, ſi inſula ſit pars rei, ut ſi alicuius territorii uſusfructus conſtitutus & in eo inſula enaſcatur. Obiic. locus Pauli 3. *Sent.* 6. §. 24. Reſp. Goth. *in not. d. L.* 9. §. 4. Pauli ſententiam abrogatam eſſe vult. Rittersh. *Partit. feud. Lib.* 2. *C.* 2. *Q.* 3. Ulpianum loqui *d.* §. 4. de durante uſufructu, Paulum de finito. Quod non ita eſſe quilibet deprehendet, & quis eo finito, locus quæſtioni. Torquet & hic ſe fruſtra Hortenſ. ad *L.* 2. *de Uſufruct. accr.* Nulla pugna manebit, ſi, ut & *Sich. editio* habet, pro *quia* in *d.* §. 24. legas *qui*. Senſus: Quibus caſibus proprietatem non auget alluvio, iiſdem nec uſumfructum.

mutabit. De ſymphoniaco, inquit Ulpianus, non faciet atrienſem, urbanum non mittet rus, ut ibi opus faciat. Et ſi veſtimentorum, uſus legatus ſit, utetur ipſe, non aliis locabit; quoniam non in hoc veſtimenta habentur. *d. L. ſed ſi quid*, 15. *§.* 1. & *§. & ſi veſtimentum. eod.*

C A P. VIII.

Fructuum genera duo, Naturales & Civiles. Quinam utrique, & quid in his pertineat, aut non pertineat ad fructuarium. Inter cætera in his, quæ ex re naſcantur, de Partu ancillæ; de Arboribus grandibus; de Silva cædua, & non cædua; de Venatione. In fructibus autem civilibus, quatenus rem fructuariam alii fruendam vendere, locare, gratis concedere, pignori dare liceat.

Fructus unde nomen ſuum derivet; quæ illi ſubiecta vis & poteſtas; & qualis habenda perceptionis ratio. I.

Hæc autem ex diviſione fructuum planius intelligenda. II.

Fructus omnes aut naturales, *aut* civiles. *Quid ſint utrique.* III.

Naturales *aut ex re nati, aut pars rei: ad uſum aliquem natura facti omnes ad fructuarium pertinent, ſi pro uſu & conditione rei percipiantur. Exempla.* IV.

Extra rei uſum & conditionem ſunt, adeoque nec in fructu quatuor genera rerum. V.

1. *Partus Ancillæ.* VI.
2. *Arbores grandes.* VII.
3. *Silva non cædua aut natura, aut inſtituto veteris domini.* VIII.

Niſi fructuarius materiam ſuccidat ad Villæ refectionem, & vineæ fulcimentum. IX.

De Silva cædua. Exponitur L. ex Silva cædua 10. D. de uſufr. X. XI.

Arbores grandes demortuæ, ſunt in fructu; ſecus vi tempeſtatis, ſeu alia externa vi divulſæ & exciſæ. Quæ earum differentiæ ratio; & qui fructuarii uſus in iſtis. XII.

4. *Venatio. Secus quando fundi fructus ex venatione conſtat exceptionis ratio.* XIII.

Num prædium in venatione conſiſtat ſi ſit ambiguum: quomodo res expedienda. XIV.

Civiles *fructus etiam ſpectant ad fructuarium, tria iſtorum genera.* XV.

1. *Servorum operæ, & horum acquiſitiones. Hæ cuiuſmodi.* XVI.
2. *Commoda uſus, traditioniſve rei fructuariæ in alium collatæ: quatuor iſta & quatenus in fructu ſingula.* XVII.

Quid in iſta rei fructuariæ traditione fructuarius in alium transferat; & qua rurſus conditione. XVIII.

An veſtimenta locare fructuario liceat. Quid ſi veſtem, aulæum, ſcenicum apparatum. Quem in uſum iſta locare debeat. XIX.

3. *Actio damni infecti, & quod ex illa eſt ruinoſarum ædium dominium; quo nomine; & quare.* XX.

Contrariis occurritur. XXI.

I. FRuctus auctore Varrone *Lib.* 4. *de Lingua Lat.* a ferendo dictus eſt, ut ſit omne, quod res ferat. Et ita noſtris accipitur: quibus fructus eſt, quidquid ex re percipi poteſt: & cum explicatius loqui volunt, omnis reditus, omnis obventio, omne denique [1] commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſſam rei percipitur. Unde placet omne id ad fructuarium pertinere. *L.* 7. in princ. *L. item ſi fundi*, 9. in princ. *L. arbores*, 59. *§.* 1. *D. de uſufr.* Si tamen hic addiderimus, quod ſupra in uſu, ut ſit fructus, quod ex re percipi poteſt, dum percipitur ſecundum conditionem cuiuſque rei, id eſt, ad eum uſum, ad quem res parata eſt natura, aut patrisfamilias inſtituto.

II. Sed hoc totum dictum generaliter, incertius eſt. Quale autem ſit, id eſt, quam late pateat, & quid contineat, diviſio fructuum declarabit. Qua ſi in fructibus bonæ fidei poſſeſſori acquirendis ſupra uſi non ſumus: eo factum eſt, quod non

[1]) Quæ commoditates fructuario obveniant, utrum omnes, an quæ in fructu conſiſtunt &c. fuſe tractat Io. del Caſtil. *de Uſuf. C.* 36.

non omnes fructus, quanvis percepti, eius fiunt, ſed naturales tantum: neque rurſum hi omnes, ſed tantum ex his illi, qui opera & cultura vel eius, vel alterius proveniunt. Quod in fructuario longe ſecus eſt; ad quem, ut dixi, omnis generis fructus, omne commodum rei pertinet. Sed & percipiendi fructus, eoſque acquirendi ratio, in utroque longe diſſimilis. Ut proinde neceſſe habeamus de utraque parte in uſufructu hoc loco ſeparatim dicere.

III. Ergo ut dicam de fructibus, quod huc pertineat, fructus omnino genere duplex eſt: naturalis, & civilis. Naturalis, qui natura provenit, ut ſegetes, poma, animalium fœtus. Civilis, qui iure percipitur, ut rerum locatarum mercedes. Sic enim hæc genera diſtinxit Papinianus in *L. ſi navis*, in princ. *D. de rei vind.* non ut naturales fructus aut civiles nominaret: ſed ut ſuperioribus definitionibus uteretur, ex quibus & res ipſa, & nomina rei convenientia facile colligi potuerunt.

IV. Naturalis fructus item duplex. Quod res gignit, & educit ex ſeſe; tum quod immotum in ſe continet, natura ita factum, ut ex eo aliquis uſus percipiatur: ut ſunt fodinæ, lapidicinæ, de quibus ſupra dixi. Utriuſque generis fructus ad fructuarium pertinet. *d. L. item ſi fundi.* 9. in pr. & §. 2. *de uſufr.* In primis vero quod ex re naſcitur. Ut in agris ſegetes, poma. *L. qui ſcit*, in pr. §. 1. *L. fructus, D. de uſufr.* in pecudibus lac, pilus, lana, fœtus. *L. in pecudum, D. eod.* item apum favi. *d. L.* 9. §. 1. *de uſufr.* Sed in omnibus his hoc temperamentum eſt, quod dixi, ut ſint omnia fructuarii, dum percipiantur ſecundum conditionem rei, id eſt, ad quem uſum res quæque habetur. Extra hanc conditionem atque uſum nihil eſt in fructu. Semper enim in uſufructu uſus ineſt *L. per ſervum.* §. 1. *D. de uſu & hab.* Iam autem dixi eum, qui non ſecundum conditionem rei utitur, non uti, ſed abuti, *d. L. ſed ſi quid.* 15. §. 1. *de uſufr.* Quare ne is quidem extra conditionem rei utendo frui intelligitur.

V. Atque hinc in iis, quæ ex re fructuaria naſcantur, placet hæc non eſſe in fructu, partum ancillæ; arbores grandes; ſilvam non cæduam; & interdum venationem.

VI. Partus ancillæ non minus naſcitur ex ancilla, quam pecudum fœtus ex pecudibus. Placuit tamen in fructu non eſſe, nec fieri fructuarii. *L. vetus.* 68. *D. de uſufr. L. in pecudum, D. de uſufr.* Scilicet quia ancillæ non eius rei cauſſa habentur, ut pariant, id eſt, non eſt hæc earum conditio, ut ad eam rem his utamur. Ratio Ulpiani in *L. ancillarum, D. de her. pet.* Redditur alia a Caio in *d. L. in pecudum*, ſed prior illa huic loco magis convenit.

VII. Arbores grandes naſcuntur item in fundo. Fundi tamen uſufructu legato, placet non eſſe in fructu, ut liceat fructuario [2] eas cædere, ac perceptione eius fiant. *L. ſed ſi grandes.* 11. *L. ſi cuius.* 13. §. *fructuarius, D. de uſufr.* Nempe quia eſt contra conditionem arborum. Non enim educantur arbores, ut ſuccidantur; ſed contra ut durent & perſtent, frugiferæ quidem ad fructum ferendum; infrugiferæ autem ad umbram, aut ornatum, aut materiam præſtandam.

VIII. Ex hac regula & de ſilva, quæ eſt in fundo, iudicandum eſt. Fundi aut latifundii alicuius uſufructu legato interdum ſilva in fructu eſt, ut fructuario eam cædere liceat; interdum non eſt. Si eſt [3] cædua, ideſt ea, quæ exciſa rurſus ex ſtirpibus aut radicibus renaſcatur, *L. ſilva, D. de verb. ſign.* & præterea eiuſmodi, quam dominus cædere ſolebat: eſt in fructu; ut poſſit fructuarius cædere ſicut paterfamilias cædebat. *L.* 9. §. *ult. D. de uſufruct.* Quippe eodem modo cum cædat fructuarius, faciet ſecundum conditionem & uſum, ad quem ſilva parata eſt. Additur in *d. L.* 9. §. *ult.* quod explicatione indiget. Poterit & fructuarius vendere, quod ceciderit. Licet paterfamilias non ſolebat vendere, ſed ipſe uti. Ad modum enim, inquit Ulpianus, hoc referendum eſt, non ad qualitatem utendi. Ad modum ideſt, ad menſuram & quantitatem utendi. Ut ſcilicet poſſit fructuarius [4] tantum cædere in ſilva, quantum paterfamilias cædebat: non autem ut cum ceciderit, eodem modo cogatur uti. Si ſilva non eſt cædua natura ſua, aut cum eſſet, non ſic tamen a domino [5] habebatur, ut eſſet cædua, ſed ut excreſceret in arbores grandiores; non erit in fructu;

nec

2) Vid. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 3. *Gl. un. n.* 24. *& ſeqq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. n.* 59. Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Priv. ruſt. P.* 1. *C.* 10. Caſtillo *d. Tr. C.* 2[illegible] *n.* 1. *uſque ad n.* 26 ubi *n.* 1. ex hac cauſſa uſum ru[illegible]um amitti, & *n.* 5. extendit ut obtineat in uſufructu patris in bonis adventi[illegible]

3) Ubi duæ definitiones Trebatii & Sulpitii, quas coniungendas, ut ex utraque una plena ac perfecta conſtituatur, vult Gœd. *ibid. n.* 3.

4) Sic & Cuiac. *ad L.* 30. *& ſeq. de V. S.* contra Accurſium, videndum quantum paterfamilias cædere ſolebat, non quomodo cæſo utebatur: aliter Io. Superior *ad L.* 4. §. 1. *ſervat. n.* 3.

5) Cuiac. ita *d. loc.* Si nominatim ſilvæ cæduæ uſusfructus relictus eam quoquo modo cædere & compendium inde facere licet *L.* 22. *de Uſu & hab.* ac eſt in fructu, etſi intempeſtive cæſa ſit. *L.* 48. §. 1. *h. t.* id eſt ante

nec licebit fructuario eam ſuccidere, quia eſt præter uſum & conditionem ſilvæ. *d. L.* 9. *§. ultim. D. de uſufruct.*

IX Hic tamen & in arboribus grandibus & in ſilva quædam excipiuntur, quæ ad uſum & neceſſitatem tribuuntur fructuario. Nam primum ex ſilva quanvis non cædua placet eum materiam ſuccidere poſſe, quantum ſatis ſit ad villæ, quæ in eodem fundo ſit, refectionem. *L. arboribus*, 12. in princ. *D. de uſufr.* materiam, ideſt, arbores grandiores ad ædificandum aut fulciendum idoneas. *L. ligni*, in princ. *D. de leg.* 3. Hoc recte: quia hactenus hunc uſum patitur, atque adeo exigit rei conditio. Nam & dominus videtur idem facturus fuiſſe: & abſurdum eſt fundum hæc commoda ferre aliis, ſibi ipſi non ferre. Qua ratione etiam ex ſilva non cædua ſumat fructuarius in vineam, quæ ſit in eo fundo, quod ſatis ſit ad eam ſulciendam: nam & hoc ad utilitatem fundi fructuarii ſimiliter pertinet: & conditio fundi ſimiliter exigit. *L. ex ſilva*; 10. *D. de uſufruct.*

X. Quod ſi ſilva erit cædua; ſcriptum eſt in *d. L. ex ſilva*; Uſufructuarium hoc amplius pedamenta & ramos inde ſumpturum. Ubi cum non adiicitur, quam ad rem poſſit ſumere, & præterea diſtinguatur huius ſilvæ conditio a conditione eius, quæ non eſt cædua: intelligere debemus poſſe fructuarium hæc ſumere ex ſilva cædua, non tantum ad uſum eiuſdem fundi, ſed ad omnem uſum & neceſſitatem ſuam.

XI. Sed cur dictum eſt fructuarium ex ſilva cædua poſſe cædere pedamenta & ramos, cum dici debuerit poſſe eum in totum ſilvam cædere, ut vendere, ſi velit? nam hoc ius eſt in ſilva cædua, cuius uſusfructus legatus eſt; idque ita paulo ante ſcriptum erat in *L.* 9. in fin. *D. de uſufr.* Et hoc quid ſit, ex priore illo loco intelligitur. Sic enim illic fructuario ſilvæ cæduæ tribuitur uſusfructus, ſi modo & paterfamilias ita ſilvam habebat, ut eam cæderet. Unde intelligitur, ſi eam non cædebat, ne fructuarium quidem id facturum contra conditionem, ad quam res parata eſt patrisfamilias deſtinatione.

Poſtea ſubiicitur *in fragmento ſequenti*, etſi hæc diſtinctio eſt in ſilva cædua, cum de pleno uſufructu eius agitur: tamen ſi quæritur de uſu tantum, illud generaliter de ea dici poſſe, fructuarium ex ſilva cædua pedamenta ſaltem & ramos ſumpturum: ut ſit ſenſus, ſemper ſumpturum & ſine diſtinctione, ideſt, ſive paterſamilias eam cædebat, sive non cædebat. Quod, cum de ea in totum cædenda, & vendenda agitur, ſecus eſt. Sed cur ex cædua tantum ſumet fructuarius, etiam si patrifamilias non erat cædua, ex non cædua autem non tantum: Quia conditioni ſilvæ natura non cæduæ repugnat, quominus ex ea quidquam cædatur, niſi ad villæ & vineæ, ideſt, fundi ipſius neceſſitatem. At cum silva natura ſua cædua eſt, & tantum deſtinatione patrisfamilias ita habetur, ut excreſcat in iuſtas arbores, non obſtat huic inſtituto, & iuſto incremento arborum pedamenta & ramos ex silva ſumere: quia his ſumptis, nihilominus arbores excreſcent in ſuam magnitudinem. Quod ſi tantum vellet ſumere fructuarius, ut ipſum corpus arborum tolleretur, non eſt ei concedendum. Additur enim in *extremo d. L. ex ſilva*, quod ad omnia præcedentia referri debet, ex ſilva ſumpturum fructuarium ſuperiora, dum ne fundum deteriorem faciat.

XII. Hec dicta ſunt in ſilva & arboribus, quandiu ſtant arbores integræ. Diverſum eſt, ſi arbores aut demortuæ ſint, aut vi ventorum evulſæ, deiectæve. Demortuæ ad fructuarium pertinent, ut eas ſuccidere poſſit, & his uti vel ad ædificandum, vel ad comburendum, prout volet: tantum in demortuarum locum alias ſubſtituere debet. *L. agri*, 18. *D. de uſufr.* De quo onere poſtea. Ita demortuas dicimus eſſe in fructu, quæ viventes non erant. Merito: demortuæ enim iam ad nullam rem utiles ſunt, quam ut excidantur, ne fundum onerent. Ipſe autem fundus & natura rei cum his alimentum & vitam ſubduxerit, non aliud dici poteſt, quam fundum demortuas arbores ex ſe extruxiſſe, ac velut peperiſſe: ut non minus ſint in fructu, quam in animalibus pilus & excrementa, quæque ab his ege-

te quinquennium. Cædere enim ſolebant quinto quoque anno, per *L. ult. Cod. de ſerv* Sed Gœd. *ad d. L.* 30. *n.* 4. immature cædi ſilvas non debere, cum inde periculum ſit, ut aut facile arbores cæſæ demoriantur, aut non facile renaſcantur. Quod vero habetur in *d. L.* 48. §. 1. ita eſſe quoad commodum perceptionis, cum materia cæſa non minus ſit ſilvæ fructus, quam ſœnum prati. Quoad modum vero, finem & uſum differentiam magnam eſſe inter ſilvam, oleam, & fœnum, quod immature prata tondere, olivas legere etiam boni patresfamilias ſoleant. Si autem inciduæ ſilvæ, id eſt paſcuæ uſusfructus relictus, vult Cuiac. *d. loc.* fieri compendium poſſe ex paſtione, immitendo pecus ſuum vel alienum, accepta certa pecunia. Cædere autem non licere niſi uſus gratia, vel demortuas arbores. Sed ſi uſusfructus fundi, in quo eſt ſilva cædua, conſtitutus, ea uti non poſſe quæſtus ſui cauſſa, ſed ad eum modum quo dominus uſus *d. L.* 9. §. *ult.* vid. idem 24. *obſ.* 5. 10. del Caſtillo *de U.uſ.* C. 25. *n.* 26. *uſque ad finem*, & an hic plus patri liceat in uſufructu adventitiorum C. 26. quod negat Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. n.* 60.

runtur, ſi quod ſit in his commodum. Alia cauſſa eſt arborum non demortuarum, quæ vi tempeſtatis deiectæ ſunt. Placet has ad proprietarium pertinere: ſic tamen ut earum uſus relinquatur fructuario, id eſt, tantum, ut ex his ferre poſſit uſque ad uſum ſuum & villæ. *d. L. arboribus.* 12. in princ. *D. de uſufr.* Cur hoc in his potius, quam in arboribus demortuis: cum avulſæ non alium uſum iam habeant, quam demortuæ? Hæc Ulpiani ratio eſt ibidem, quia *alioquin*, inquit, *etſi totus ager ſit hunc caſum paſſus, omnes arbores auferret fructuarius*, quod ille abſurdum putat. Significat autem, cum hic caſus aliunde contigerit, quam a fundo, iniquum eſſe, ut proprietario auferat in totum, quod prius eius fuerat. Prius autem arbores eius erant, quia erant pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Sed oſtendit iniquitatem magis tum perſpici poſſe, ſi omnes arbores agri eodem caſu everſæ fuerint. Sic enim futurum erit, ut calamitas incidens omnes arbores proprietario auferat, & tribuat fructuario, cuius prius non erat. Quod eſt iniquiſſimum. Et tamen ne in arboribus iam ad nullam aliam rem utilibus, quam ad utendum, auferatur fructuario omne commodum, quod ex his percipi poteſt: recte placet ſic commodum earum inter proprietarium & fructuarium dividi, ut ſaltem quod eſt minimum in uſufructu, fructuario relinquatur, id eſt uſus; quo ſcilicet utatur ad neceſſitatem, idque ſecundum rei conditionem, id eſt, ut ibidem Ulpianus refert Labeonem dicere, *ne materia pro ligno utatur*, ſi habeat, unde utatur ligno. In arbore materiam dicimus id totum, quod eſt aptum ad ædificandum aut fulciendum ædificium. Lignum, quod ad nullam aliam rem valet, quam ad comburendum. *d. L. ligni, D. de leg.* 3. Hoc ergo dicitur, ſi fructuarius indiget materia ad ædificandum aliquid vel in villa fructuaria, vel in ſuo, hactenus materiam eum ſumpturum ex illis arboribus. Si non indiget ad ædificandum, nihil ſumpturum niſi lignum, id eſt, eas partes, quæ ſunt utiles tantum ad comburendum. Si tamen aliunde lignum habeat, quo utatur. Quo caſu ſignificat fructuarium etiam materia pro ligno uſurum. Hæc in *d. L. arboribus*, 12. *de uſufr.*

XIII. De venatione fundi ex eadem regula iudicandum eſt. Diximus ſupra fundi uſufructu legato, etiam in feris beſtiis, quæ illic ſunt, uſumfructum conſtitutum videri, id eſt, datum fructuario, ut his feris frui poſſit non ſecus, quam ſi uſusfructus pecorum relictus eſſet. Non fruetur, niſi capiat. Non capiet, niſi venando. Hoc ergo quæritur, an hæc venatio & captura, ſint in fructu, ut quod captum erit, ſit fructuarii. Et traditur in *L. venationem, D. de uſufr.* venationem non eſſe fructus fundi, id eſt, non eſſe ex fructu, aut in fructu fundi; ſed cum hac exceptione, niſi [6] fructus fundi ex venatione conſtaret. Nec alia ſententia exiſtimari debet *L.* 9. *§. aucupiorum, D. de uſufr.* cum ita traditur ſimpliciter, venationum reditum ad fructuarium pertinere. Non dicitur venationem ad fructuarium pertinere, ſed venationum reditum. Prius ergo exigitur, ut ſit aliquis reditus in venatione: tum placet hunc reditum pertinere ad fructuarium. Hoc autem nihil aliud eſt, quam venationem ita in fructu eſſe, quo deinde pertineat ad fructuarium, ſi fructus & reditus fundi conſtet venatione, quod plane idem eſt cum priore illa definitione. Cur non ergo ſimpliciter dicimus venationem eſſe in fructu, ſed exigimus, ut fructus fundi venatione conſtet? Quia niſi fructus fundi conſtabit venatione, repugnat conditio rei, quominus ſecundum eam conditionem venationem in re exerceamus. Tunc enim dicitur fructus fundi ex venatione conſtare, cum feræ beſtiæ a domino ita habebantur, ut ipſe venari ſoleret, & capere feras, quibus uteretur, multoque magis, ſi venderet. Quod ſi feras habuit, ut aſſervaret, aut ut voluptatis tantum cauſſa exerceret, ut plerumque nobiles ſolent: apparet illum rem aut feras non habuiſſe ad eum fructum. Unde ſit, ut priore caſu ſecundum conditionem rei & deſtinationem patrisfamilias venatio exerceatur, ac proinde ſit in fructu: poſteriore caſu exerceatur contra conditionem atque uſum, ad quem res parata eſt: proinde iuxta regulam ſupra ſcriptam non ſit in fructu, quia adverſus eam conditionem non ſit uſus, ſed abuſus, res uſui & fructui contraria. Defenditur hæc definitio exemplo ſilvæ

6) Vid. Coraſ. 5. *Miſc.* 8. Modeſt. Piſt. *P.* 1. *Q.* 15. ſic: Feras ſuas facere fructuarium, *d. L.* 62. iure gentium id eſt non iure ſuæ ſervitutis, ſed quo quivis alius acquiſiviſſet, quando in fundo venatio omnibus libera: iure civili, quando domino, a quo cauſſam uſusfructus habet, peculiare ius eſt venationis, ut ab eius uſu alios arcere poſſit. Idcirco venationem non eſſe in fructu *d. L.* 26. reſpectu habito ad ius gentium antiquum. Sic enim fructuarius venatur non iure ſervitutis, ſed iure omnibus communi. Eſſe in fructu *d. L.* 9. §. 5. *d. L.* 62. quando dominus ius habet venandi. Atque hinc eſſe, quod dicitur in *L.* 12 §. 12. *de inſtr. leg.* ſi in agro venationes ſint. Addit quoſdam verba *d. L.* 26. *niſi fructus* &c. ſic accipere, niſi quæſtus fundi in venatione conſiſtat *L.* 22. *de inſtr. leg.* ut in aridis locis. Atqui, ait, in ſilvis maior proventus ex lignis, in nemoribus ex paſcuis: ita Piſtorius.

ſilvæ cæduæ; quam dicimus eſſe in fructu, ſi & dominus eam cædere ſolebat. Contra eſſe, ſi non ita habebatur, ut cæderetur. *d. L. 9. §. ult. D. de uſufr.*

XIV. Quid, ſi non conſtet de voluntate & uſu patrisfamilias, voluerit ne fructum in venatione eſſe, an contra? In re dubia utemur diſtinctione Tryphonini ex *L. uſufructuarium. 62. D. de uſufr.* ut ſi libere vagentur feræ beſtiæ, puta in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis fructuariæ, liceat fructuario venari, & capere, ut quod inde cœperit, fiat eius, non proprietarii. Sin feræ incluſæ ſint vivariis, ut facile capi poſſint, cum libet, si quidem a domino ipſo, eius maneant, nec contra quam voluit, sint expoſitæ venationi; sin a fructuario, aut si etiam ipſæ feræ inciderint in ea vivaria, delapſæve fuerint, hæ fructuarii iuris fiant: priores, quia cum eius ab initio fuerint, incluſæ quoque eius manent: poſteriores, quia ab illo illis locis velut captæ & occupatæ eius fiunt iuxta regulam iuriſgentium, quod ante nullius eſt, occupanti concedi. *L. 3. D. de acquir. rer. dom.* Quid ergo, ſi ſint aliquæ feræ incluſæ a domino, aliæ includantur a fructuario, aut aliquæ ſeſe in ea loca concluſa demittant, ut iam difficilis ſit diſcretio? quid hic fiet, ut fructuarius ſuas illas teneat? Et additur in *d. L. 62. de uſufr.* quod huc pertinet, ſignificaturque in hac incertitudine poteſtatem fieri fructuario promiſcue omnes feras capiendi, & ſibi ſumendi: tantum ſufficere, ut per ſingula quæque genera ferarum finito uſufructu domino proprietatis aſſignet eumdem numerum, qui fuit cœpti uſusfructus tempore. Sic enim fiet, ut utrique pariter conſulatur: & aliter res explicari non pnteſt. Atque hi ſunt naturales fructus. Quos cum dicimus eſſe fructuarii, hoc tenendum eſt fructuarii, eſſe omnes, etiam ſi his non indigeat; ad compendium, non ad neceſſitatem, qua nota diſtinguitur uſusfructus ab uſu in *L. plenum. §. 1. D. de uſu & hab.* Et hoc eſt, utetur ipſe ſi volet. Idem ſi velit, poteſt vendere. *L. 9. §. ultim. D. de uſufr.*

XV. Civiles fructus & ipſi non minus ad fructuarium pertinent. Ut intelligamus verbo fructus non illa tantum tribui fructuario, quæ ex corpore rei naſcuntur, ſumunturve: ſed etiam omnia commoda quanvis extrinſecus obtingentia, quæ quovis modo per occaſionem rei fructuariæ percipiuntur, quos nunc civiles fructus docendi cauſſa appellamus. Horum fructuum tria genera ſunt: operæ ſervorum, eorumque inde acquiſitiones: pretium ſeu commodum uſus traditioniſve rei fructuariæ in alium collatæ: tum quod fructuarius rei fructuariæ nomine agens poteſtate actionis ab adverſario conſequitur.

XVI. Servi uſufructu legato, operæ ſervi ſunt in fructu. *L. 4. D. de op. ſerv.* ideſt, quidquid efficit ſervus, aut acquirit aliunde operis ſuis: quæ ideo fructuario acquiruntur. *§. de his, Inſt. per quas perſon. nob. acq.* Multo magis ſi ad factum ſervi res fructuarii acceſſerit. Et vero de hac parte hæc iuris definitio eſt. Quidquid ſervus fructuarius ex re fructuarii, vel operis ſuis acquirit, id fructuario adiici. *d. §. de his.* Non mirum igitur, ſi in hac cauſſa haberi placet, quanvis poſitum extra operas ſervi, ſi quid donetur ſervo contemplatione fructuarii. *L. ſed etſi, 22. D. de uſufr.* Eſt enim hoc velut quæſitum ex re fructuarii. arg. in *L. 5.* in princip. *D. de iur. dot.* ad quod etiam habendum ſervi acceptio, quaſi quædam eius opera, intervenerit. Atque hic fructus eſt, quem ex corpore ſervi non naſci apparet: proinde non naturalis, ſed civilis. Huc referri debent ea, quæ diximus de iis, quæ nobis acquiruntur per eos ſervos, in quibus uſumfructum habemus *Libri ſuperioris Cap. 6.* Locus hic explicatur copioſe in *L. ſi ſervi, 21.* & *LL. 5. ſeqq. D. de uſufr.*

XVII. Commoda uſus traditioniſve rei fructuariæ in alium collatæ ſunt hæc quatuor: rem fruendam alii vendere; fruendam locare; gratis concedere; pignori dare. Hæc quidem omnia fructuario conceſſa. De tribus prioribus diſerte cautum in *L. arboribus, 12. §. uſufructuarius, D. de uſufr.* de pignori datione ſatis intelligitur ex regula iuris, qua traditur, fructum rei eſſe vel pignori dare licere. *L. fructus, D. de reg. iur. L. ult. D. de uſur.* Si fructus, etiam fructuarii erit. Omnis enim fructus fructuarii. Cur ergo aut hoc, aut ſuperiora conceſſa fructuario? nempe quia ſunt in fructu, ut ex proxima regula de pignori datione intelligetur. In fructu autem hæc non propter ſe, ſed propter commodum & fructum, qui ex his percipitur, ac niſi his præcedentibus percipi non pnteſt. Venditionis fructus, pretium, quo qui fruitur, dicitur ob eam cauſſam non minus uſumfructum habere, & retinere, quam ſi ipſe re principali uteretur frueretur. *L. non utitur, 38. L. quia, ſeq. D. de uſufr. d. L. arboribus, 12. §. uſufructuarius. eod.* Locationis fructus penſio & merces. Unde

Digitized by Google

penſiones & mercedes loco fructuum in *L. mercedes, D. de hered. pet.* & iure civili fructus, quia hoc iure pro fructu habentur. Gratuitæ conceſſionis fructus, beneficii debitorem acquirere. *L. ſi pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* obligatione nimirum naturali ad remunerandum conſtituta. *L. ſed etſi lege*, §. *conſuluit*, *D. de her. pet.* Pignori dationis fructus manifeſtus in eo, quod debitor propter pignus conſequitur, ut mutuam pecuniam inveniat, quam ſine pignore non eſſet accepturus: aut pecunia ante debita, conſequitur, ut pignore dato, ſatisfaciat creditori ſuo ad moram alicuius temporis, ne diſtractionem rerum ſuarum interim patiatur. Unde dictum, non creditoris tantum cauſſa pignus dari, ſed & debitoris, quo magis pecunia ei credatur. §. *ult. Inſt. quib. mod. re contr. obl.*

XVIII. Rem fruendam ſeu uſumfructum vendi poſſe cum dicimus, ut eſt in *d. L. arboribus*, 12. §. *uſufructuarius*, *D. de uſufr.* & d. §. 1. *de uſu & hab.* intelligere debemus vendi poſſe non ius ipſum, quod perſonæ cohæret: *L.* 3. in fin. *D. quib. mod. uſ. amit.* quam ob cauſſam in alium extraneum transferri non poteſt. §. *finitur*, *Inſt. de uſufr.* ſed vendi poſſe [7] fructuum perceptionem, ideſt, hactenus rem fruendam vendi poſſe, & tradi emptori, ut quandiu uſusfructus conſiſtet in perſona fructuarii, tandiu emptor re fruatur, ſitque fructuarii loco, ut declaratur in *L. ſi uſusfructus*, in fin. *D. de iur. dot.* Eamdem translationem in gratuita conceſſione accipere debemus. Sic & in re fructuaria pignori danda hoc intelligemus, non proprietatem pignori dari poſſe, quam quidem fructuarius, qui eam non habet, pignori dare non poteſt: [8] *L. intereſt*, *C. de uſuf.* ſed rem fructuariam quatenus fructuaria eſt, ut intelligatur hic magis uſusfructus pignori dari, quam res ipſa: vel res ipſa quidem, ſed quandiu uſusfructus ſtabit; quod eodem redit. Sed & hos ipſos fructus ſimiliter ut naturales ſciamus fructuario tribui eadem illa conditione, quam ſupra diximus, dum conditio rei patiatur. Cæterum vendere, [9] locare, aut concedere rem fruendam præter conditionem rei non licet. Ac quod de locatione hic dixerimus, multo magis de cæteris intelligetur.

XIX. Sunt autem res quædam, quæ conditione ſua locari non ſolent. Huius generis ſunt veſtimenta; quæ in hoc parantur, ut his honeſte pro tempore & perſona in familia utamur, non etiam ut locentur. Ideo uſufructu veſtimentorum legato fructuarius his utetur, ſi volet, non locabit. Præterquam ſi ſit veſtis, aulæum, aut alius [10] apparatus, ſcenicus, ideſt paratus, ut ſit uſui in ſcena. Tunc enim & ſecundum conditionem rei licebit locare. Sed ut ſit uſus in ſcena dumtaxat, non alibi. Hæc in *L. ſed ſi quid*, 15. §. *etſi veſtimentorum*, *D. de uſufr.* Sed etſi ſecundum conditionem rei rem locare liceat; non tamen licebit ultra, quam rei conditio patitur. Ut puta, ædes fructuarias locare licet: ſed domum ut domum, cœnacula ut cœnacula: ex cœnaculis meritoria non faciet: ex honeſta domo non ſciet cauponam aut diverſorium. Et quæ ſunt in eamdem ſententiam in *L. ſi cuius*, 13. *D. de uſufr.*

XX. Tertium genus fructuum civilium eſt earum rerum, quas fructuarius nomine rei fructuariæ agendo conſequitur. Huic commodo locus eſt in actione damni infecti, quam inſtituit fructuarius adverſus vicinum ædium fructuariarum nomine. Quidquid is hac actione conſequitur, placet id proprium eius fieri tanquam rei fructum; utpote perceptum per occaſionem & cauſſam rei fructuariæ. *L.* 7. in princ. *D. de uſufr.* Id autem ita ſe habet. Si ædi-

7) Ita & Hot. *ad* §. 1. *I. de Uſu & hab.* Non uſusfructus ipſe, ait, ſed fructuum percipiendorum facultas cedi poteſt, quæ facti eſt non iuris, & Zoan. *Rer. Quotid.* C. 63. *n.* 3 quia non poteſt idem eſſe in perſona ceſſionarii, qui fuit in cedentis, & Hortenſ. *ad L.* 4. *de Novat.* ut æſtimetur ex perſona eius, cui primum conſtitutus, cum ea duret ac finiatur; Sarment. 3. *Select. Interp.* 9. *n* 2. & 3. Ius vendi nequit: perceptio fructuum & utilitas poteſt. Leges, quæ dicunt alienari poſſe, hoc volunt in eo plus iuris eſſe fructuario quam uſuario qui nec commoditatem, quam habet recte vendit & quibus ſunt ſervitutes reales. Ad horum differentiam & ſi cum his conferatur, recte alienat, ut commoditas tranſeat, & vita inſpiciatur vendentis. Non autem ſi conferatur cum proprietario, eo ſcilicet modo quo domino proprietatem alienare licet. A. Fab. 65. *Err. Pragm.* 1. Perſonæ cohæret uſusfructus nec ab ea abſcedere poteſt, aut ita transferri, ut alius ſit futurus in perſona ſecundi fructuarii, quam qui in primo alienante. Ita autem vendi poteſt ut fruatur emptor ex perſona non ſua, ſed fructuarii, qui fruitur pretio ex venditione redacto, etſi emptor re non fruatur *d. L.* 12. §. 2. *L.* 38. & *ſeq h. t.* vid. & Gomez. 2. *Reſol.* 15. *n.* 17. Valaſc. *Conſult.* 66. *n.* 25 & *ſeq.* Bron 1. *Aſſ.* 91. 10. del Caſtillo *de Uſuf* C. 69. Arumæ. *ex. inſtin.* 5. *Th.* 22. Sc. Gentil. *de Bon. matern.* C. 14.

8 In qua noli vel cum Curac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *D. de fun. dot.* verbis *eadem poſſeſſio* loco motis reſtituere *eiuſdem aeſtimatio*, vel cum A Fabro 1 *Coniect. ult.* in fine reſcripti pro *aeſtimatio* reponere *poſſeſſio*. Nam quando fundus æſtimato traditus, perfecte is marito acquiſitus, & is eum efficaciter obligare poteſt, non tantum quoad matrimonium & dos conſiſtit; ſed ut alius pleno iure dominus Nec impedit conventio adiecta, quæ obligationem & actionem perſonalem ſolum producere poteſt, non ius reale.

9) Sed an finito uſufructu locationi ſtare tenetur proprietarius? Negat recte Caſtillo *de Uſuf.* C. 73. An teneatur proprietatium, locationem petentem, aliis præferri vid. *idem* C. 74.

10) *L.* 19. *fin. de uſur.* vid. Forner. 1. *Select.* 21.

ædibus fructuariis vicinæ ſint ædes ruinoſæ, licet etiam fructuario cum vicino agere, ut caveat damni infecti. *L. qui bona, §. ſuperficiarium, D. de damn. inf.* Eius actionis exitus hic eſt, ut ſi vicinus non cavebit, mittatur fructuarius in poſſeſſionem ædium vicinarum, ac tandem, ſi perſeveretur non caveri, iubeatur etiam eas ædes poſſidere. *L. prætor, D. de damn. inf.* Quod eam vim habet, ut qui poſſidere iuſſus eſt, dominus ædium conſtituatur. *L. ſi finita, §. Iulianus, §. ſi ante, ſeq. D. de damn. inf.* Hoc ergo idem in propoſito & fructuarius conſequitur, & ita conſequitur, ut dominus factus ædium, nec finito uſufructu quidquam inde amittat. *d. L. 7.* in princ. *de uſufr.* Sed cur non acquiruntur hic iſtæ ædes potius proprietario? Quia hic rei fructuariæ fructus eſt, inquimus, qui propterea ad fructuarium pertinere debeat. Propier rem enim hoc commodum, ut agere poſſit fructuarius damni infecti: huius actionis non aliud commodum & fructus, quam ut adverſus non caventem ædes poſſideantur iure dominii. Utrumque igitur ut in commodo ſic in fructu rei fructuariæ.

XXI. At videamus, ne hic potius debeat hoc commodum acquiri proprietario, exemplo inſulæ in flumine natæ, & alluvionis. Quale enim hoc commodum eſt, de quo agitur? Quod acquiritur quidem per cauſam & occaſionem rei fructuariæ, atque etiam beneficio: ſed neque ex corpore, neque uſu aut traditione rei, verum extrinſecus, tantum, ut dixi, per rei occaſionem. Simile ergo inſulæ natæ in flumine & alluvioni. Quorum utrunque dum acquiritur domino fundi, cui accedit, beneficium item eſt fundi, & per occaſionem fundi acquiritur ſimiliter extrinſecus. *§. præterea, §. inſula, Inſtit. de rer. diviſ.* Atqui ſi inſula iuxta fundum fructuarium in flumine nata ſit; placet eam proprietati accedere, & quidem ita, ut ne uſusfructus quidem ad fructuarium pertineat. Hoc in *L. 9. §. huic vicinus, D. de uſufr.* Ibidem de alluvione ſcriptum eſt, etſi eius, quod acceſſit uſusfructus ad fructuarium pertineat, ipſum tamen corpus, quod acceſſit, fundo cedere, & fieri proprietate eiuſdem domini. Cur non ergo & in ædibus per occaſionem rei fructuariæ poſſidere iuſſis idem dicamus? acquiri has videlicet proprietate quidem citra controverſiam domino proprietatis, ut & ſuperiora duo. Qund autem ad uſumfructum attinet, ne hunc quidem ad fructuarium pertinere, quia ædes iſtæ non minus ſint a re fructuaria ſeparatæ, quam inſula, quæ acceſſit. Quam tamen ob ſeparationem placet eius inſulæ uſumfructum non pertinere ad frnctuarium. *d. L. 9. §. huic vicinus, D. de uſufr.* Aut ſi placet iſta diſtingui, recte quæritur cur hæc tam varie, cum omnia beneficio rei accedant, quærantur que extrinſecus. Recte vero nmnia propriis rationibus. Mulcum enim intereſt, quod per occaſionem rei fructuariæ acquiritur, utrum vi & poteſtaie rei acquiratur, an ſecus. Si vi & poteſtate rei, ſemper acquiritur proprietario. Quod enim ita quæſitum eſt, cedit ei rei, cui acceſſit, ut inſula nata in flumine, ut alluvio. Huius autem rei dominus eſt, non fructuarius, ſed proprletarius. Quare & acceſſionis dominum eſſe oportet, qui eius rei dominus eſt, cui facta eſt acceſſio. De uſufructu earum rerum, cur placeret ſcilicet inſulæ accedentis nec uſumfructum ad fructuarium pertinere, alluvionis autem pertinere, ſupra reſpondi in rebus, quæ in uſumfructum cadunt. Quod ſi quod acquiritur, acquiritur extrinſecus non vi & poteſtate rei aliam rem ad ſe trahentis, ſed facto tantum interveniente fructuarii: id vero proprietario acquiri non poteſt, ut ſunt ædes a fructuario poſſideri iuſſæ, de quibus agitur. Nullo enim iure illi acquirantur, quæ neque rei, quæ eius eſt, cedunt, neque facto eius acquiruntur, neque acquiruntur ab alio eius nnmine. Ita fit plane, ut ſi cui acquiri poſſunt, ſoli acquirantur fructuario. Et vero ſolum hoc eius commodum eſſe oportet. Soli enim ei cnmpetebat ea actio, qua petiit ah adverſario, ut ſibi damni infecti caveretur. Proinde & eius actionis commodum.

CAP.

C A P. IX.

Fructus tum naturales, tum civiles fructuario non niſi perceptione eius ei acquiri: at hac perceptione ei acquiri. Tum quæ ſit in utroque genere iuſta perceptio.

Acquiſitio in fructuario; ſola fructuum perceptio. I.
Fieri debet a fructuario: ſecus a poſſeſſore bonæ fidei. Quæ utriuſque differentia. Quid ex ea conſequens. II.
Perceptos fructus pleno iure domini habet fructuarius. III.
Quotcunque a die cedente uſusfructus, aut iſto nondum finito, in fundo pendentes deprehendit; & ſi utroque tempore, minima parte, an ne ſteterit uſusfructus. Contrariis occurritur IV. V.
Etiam ſi immaturos perceperit. VI.
De vario perceptionis modo. VII.
Civiles fructus aut iure ipſo percipiuntur, aut facto. Quæ ſint utriuſque generis. VIII.
Mercedes & penſiones rei locatæ quo caſu, & quatenus integræ debeantur fructuario pro illa etiam parte anni, qua deſierat uſusfructus. IX. X. XI.
Quid ſi merces aut penſio locatæ rei fructuariæ uſui tantum reſpondeat. XII.

I. ATque hi ſunt fructus tum naturales, tum civiles, quos fructuarii in re fructuaria eſſe dicimus. Nondum tamen hæc fructuarii. Qualeſcumque fructus erunt, certo modo fructuario acquiruntur, ac ſine eo non fiunt eius. Acquirendi ratio, ſi fructus perceperit. Meminiſſe enim debemus non dicere nos fructus eſſe fructuarii, ſed uſumfructum, ac per uſumfructum fructus. Uſusfructus autem eſt ius utendi fruendi. Hoc autem ipſum frui totum eſt in facto, nec aliud ſignificat, quam fructum ex re aliqua capere, ut ſupra dixi. *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. di. uſufr. leg. ced.* Sit ergo hoc ius, fructus non fieri fructuarii ante, quam ab eo [1] percipiantur. *L. qui ſcit*. §. 1. in fin. *D. de uſur. L. ſi fructuarius*, in fin. *D. quib. mod. uſ. amit.* Unde evenire neceſſe eſt, ut ſi pendentibus adhuc fructibus, necdum perceptis finitus ſit uſusfructus; quamvis maxima parte eius anni is uſusfructus ſteterit: nihil tamen ne præ eo quidem tempore aut habeat fructuarius, aut ad heredem ſuum transferat, qui ita transfert, si prius perceperit, *d. L. ſi fructuarius*, in pr. *quib. mod. uſ. amit.*

II. Nec ſatis eſt fructum eſſe perceptum, ut fiat fructuarii: ab ipſo etiam percipi oportet. Placetque in hac re hoc diſtare fructuarium a bonæ fidei poſſeſſore, quod fructus fructuarii non fiant, niſi ipſe eos perceperit; ad bonæ fidei autem poſſeſſorem pertineant, ſimul atque a ſolo ſeparati ſunt, *d. L. qui ſcit*, §. 1. *de uſur. d. L. ſi fructuarius*, in fin. *quib. mod. uſ. amit.* Differentia nata ex verbis iuris, quo de utriuſque acquiſitione cautum eſt. Nam in bonæ fidei poſſeſſore acquiſitio fructuum tribuitur maxime eius culturæ. §. *ſi quis a non domino. Inſt. de rer. diviſ.* In fructuario tribuitur fruenti: fruitur autem, qui ipſe fructum percipit. Cui conſequens eſt, quod traditur in *L. arboribus*. 12. §. *ult. D. de uſufr.* ut ſi fur deſecuerit fructus, furti quidem actio competat fructuario, cuius interfuit fructus non eſſe ablatos: condictio autem furtiva ſoli proprietario; & quidem huic ſtatim: non autem ſit condictio in pendenti. Nempe ideo quia condictio furtiva ſoli domino competit. *L.* 1. *D. de cond. furt.* Cum autem fructus ab alio percepti non fiant fructuarii: neceſſe eſt in propoſito proprietarii factos eſſe.

III. Sed ut ſi quid non percipit fructuarius, id ad eum non pertinet: ita ſi percepit, tantum ei acquiritur, non ut in percepto uſumfructum tantum habeat, ſed ut eius proprium fiat pleno iure, quod perceptum eſt, quo & de eo poſſit ſtatuere pro arbitrio, ut de alia quavis re ſua; *L. cum oportet*, §. *etſi quid*, *C. de bon. quæ lib.* & finito uſufructu, aut retineat ipſe, aut decedens ad heredem ſuum tranſmittat. *L.* 7. in princ. illic, *unde etiam. D. de uſufr. L. ſi fructuarius*

1) Non prius ei cedunt fructus quam ſi eorum a terra ſeparatorum poſſeſſionem nactus. Non igitur aliter ſeparatione quærit fructus, quam ſi ipſe vel alius eius nomine deſecuerit, *L.* 12. §. *ult. h. t.* Gœd. *ad L.* 30. *de V. S. n.* 5. & 6.

rius meſſem, *D. quib. mod. uſ. amitt.*

IV. Et ut ſit fructuarii pleno iure, quod perceptum eſt: ita ſit eius totum, quod ab eo perceptum eſt, ut nihil inde cum proprietario communicare debeat. Quod eo ſpectat, ut quanvis minima parte primi aut poſtremi anni ſteterit uſusfructus, tamen percepti ab eo fructus [2] in ſolidum fiant eius, etiam pro ea parte, qua uſusfructus non cœperat, aut poſtea finitus eſt. Finge uſumfructum a teſtatore relictum pendentibus fructibus & iam maturis. Placet fructuarium eos laturum, ſi legati die cedente adhuc pendentes deprehenderit, &, quod ante exigebamus, perceperit. *L. ſi pendentes*, 27. in princ. *D. de uſufr.* Quippe pendentes fructus fuerunt fundi, atque adeo pars fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* fructuarius fructus ex re fructuaria percipiendo ſuos facit. *d. L. qui ſcit*, §. 1. *de uſur.* Eodem modo plane, quo de fructibus fundi legati poſt acquiſitum legati dominium perceptis reſponſum eſt, hos ad legatarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommiſſi cedentem præteriiſſe dicatur. *L. Herennius*, 1. *D. de uſur.* Nec quiſquam putet ideo hæc eſſe diſſimilia, quia poſterius hoc de legatario, eodemque domino fundi reſponſum eſt; fructuarius autem, de quo agimus, non eſt fundi dominus. Nam & fructuarius in fructibus percipiendis iure domini utitur, dum ipſe fructus percipiat. *d. L. qui ſcit*, §. 1. *de uſur.* Eadem cœpto uſufructu anni poſtremi ratio eſt. Propone cum Calendis Iuliis cœpiſſet uſusfructus: poſtea noviſſimo anno ſublatis fructibus menſe Octobri fructuarium deceſſiſſe. Nihil hic dividetur inter heredem fructuarii & dominum fundi: ſed totius anni fructus ad heredem pertinebunt, quia ſunt a fructuario percepti. Nam & ſi fructus a colonis, quibus fundus locatus erat, ſublati eſſent, placet quaſi a fructuario ipſo eſſent percepti, ſic penſionem anni integram heredem fructuarii percepturum. *L. defuncta*, 58. in pr. *D. de uſufr.* Et in ſumma, ut ſi maxima parte anni ſtetiſſet uſusfructus, & tamen nondum perceptis fructibus deceſſiſſet fructuarius, nihil relinqueret heredibus ſuis, nec proprietarius cum his quidquam decideret: ita non debet proprietarius petere ſe ad eorum diviſionem admitti, ſi fructuarius eos perceperit, quia perceptione ſuos fecit.

V. Obſtat his prima fronte exemplum mariti in fructibus rei dotalis. Nam & hi itidem ad maritum pertinent. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot.* Et quidem certiore iure, quam ad fructuarium in re fructuaria. Maritus enim dominus eſt dotis. *L. doce*, *C. de rei vind.* Non item fructuarius dominus rei fructuariæ. *L. recte*, *D. de verb. ſignific.* Et tamen ſi noviſſimo anno non impleto, ſolutum ſit matrimonium: fructus eius anni dividuntur inter maritum & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium fuit, ſive maritus fructus perceperit, ſive non perceperit; ut ſi quidem percepit, debeat ſoluto matrimonio reſtituere fructus pro rata reliqui temporis; ſi non percepit, non aliter fundum dotalem reſtituere debeat, quam ſi uxor caverit, ſe perceptis fructibus reſtituturam fructus pro modo eius temporis, quo matrimonium ſtetit. *L. unica*, §. *cumque* in fin. *C. de rei ux. act.* *L. fructus*, 7. §. *e contrario*, §. *in ſervo*, §. *ſi fundum*, §. *interdum*, *D. ſol. matr.* Sed diſſimiles hæ cauſſæ ſunt. Diſſimilitudinem rei & iuris facit cauſſa acquiſitionis fructuum, quæ alia atque alia eſt in utroque. In fructuario ut fructus fiant eius, cauſſa duplex, ſi fructuarius eſt, & ſi fructus percepit. Sic enim de eo ius eſt, fructuarium percipiendo fructus ſuos facere. *d. L. ſi fructuarius meſſem*, *D. quib. mod. uſufr. amitt.* Fac eum eo anno, quo uſusfructus finitus eſt, percepiſſe fructus. Etſi minima eius anni parte uſusfructus ſteterit: tamen ſuperiori conſequens eſt,

2) Adde *L.* 8. *in fin. de ann. leg.* §. *is vero* 36. *I. de R. D.* Et ita omnes interpretes ſolo Cuiacio excepto referente Hart. Piſt. *L.* 1. *Q.* 24. *n.* 16. Sverin. *de Uſuf. accr. pag.* 19. diverſam merito eſſe cauſſam dotis, ubi dominium eſt mariti, & fructus oneribus matrimonii ferendis ſerviunt, & uſusfructus qui in facto ac fruendi actu *L.* 1. *Quan. di. uſ. leg.* quo ceſſante totum ius fructuarii ceſſare neceſſe eſt. Unde & ex fruitione per conſtitutum tempus omiſſa, uſusfructus exſtinguitur vid. *C.* 17.) *&* Rob 2. *Animad.* 10. *&* 2. *not.* 10. Hart. Piſt. *d. Q.* 24. *n.* 17. *& ſeqq.* Io. del Caſtillo *Tr. de Uſuf. C.* 77. ubi *n.* 28. & ipſe diſcriminis rationem reddit, quod fructuarius non ratione aliquorum onerum, ſed ſui tituli fructus acquirat; nec igitur aliquid amplius requiri, quam uti titulus perſeveret. Sed hanc ſententiam impugnat Cuiac. 4. *Feud.* 30. iniquiſſimam eam & falſiſſimam vocans & 2. *not.* Merc. 10. & 24. *Obſ.* 21. Contendit hic, tametſi nondum perceptos finito uſufructu dominus acquirat, & contra perceptos omnes fructuarius; tamen pro rata primi vel poſtremi anni eos dividi debere, atque ad portionem reſtituendam obligatum eſſe vel dominum, ſi poſt aliquot annos, dum fructus pendent, finiatur uſusfructus, vel fructuarium, ſi mox iis perceptis uſusfructus interierit, per *L.* 26. *h. t. L.* 5. §. *ult. Si uſ. pet.* Sicuti & bonæ fidei poſſeſſor fructus quandoque licet acquiſiverit & ſuos fecerit, domino tamen vindicanti cum re reſtituere cogitur *L.* 22. *C. de R. V.* Et hanc diviſionem admittit etſi conſumpti ſint fructus, ac ſive ab alio decerpti, ſive ſua ſponte deciderint. Ad *L.* 58 *h. t.* reſp. Cuiacius in ea ſpecie annum integrum duraſſe uſumfructum. Idem *d. C.* 21. hoc confirmat per *L.* 32. §. *pen. de Uſ. leg. L.* 18. §. *ult de ſtip. ſer.* Sed ſatisfit Cuiacio a Rob. *d. C.* 10. *Animadv. & not. C.* 10. H. Piſt. *d. Q.* 24. *n.* 17. *& ſeqq.* Caſtillo *d. C.* 77. *n* 15. *& ſeqq.* Sane Iure Saxonico quæcunque fata a fructuario heredes eius metuunt, Landr. *L.* 2. *Art.* 58. Schneidv. *ad* §. *is vero* 36. *I. de R. D. n.* 3. H. Piſt. *d. L.* 1. *Q.* 25. *n.* 30.

eſt, fructus integros eum ferre debere, quia utraque cauſſa ſuperior concurrit. Nam & fructuarius eſt, & verum eſt eum fructus percepiſſe. Idemque in contrarium valet, ut quanvis maxima parte anni ſteterit uſusfructus, ſi tamen fructus non percepit, nulla ex parte fiant eius, aut ei reſtitui debeant, quia deeſt illi cauſſa iuris ad acquirendum: non enim percepit, nec fructus fiunt eius, niſi perceperit. *d. L. qui ſcit*, §. 1. *de uſur. d. L. ſi fructuarius*, *D. quib. mo. uſ. amitt.* At in marito ut fructus fiant eius, hæc cauſſa eſt, non ſi perceperit; ſed ſi onera matrimonii ſuſtinuerit. Placet enim fructus dotis pro oneribus matrimonii ad eum pertinere. *L. pro oneribus*. *C. de iur. dot. d. L. dotis*, in princ. *D. eod.* Unde rurſum neceſſe eſt evenire, ut pro modo temporis, quo matrimonium ſtetit, fructus dotis eius eſſe debeant, licet non perceperit, quia ſuſtinuit tandiu onera matrimonii: pro reliquo autem tempore nihil ferre debeat, etiam ſi maxime prius perceperit fructus; quia ſoluto matrimonio reliqui temporis onera non ſuſtinuerit.

VI. Manebit igitur fructuum acquiſitionem conſtare fructuario perceptione. Ab eo non perceptos non fieri eius, quantacumque parte anni ſteterit uſusfructus: perceptos ſtatim fieri eius, etiam ſi minima parte anni uſusfructus ſteterit. Quid tamen, ſi fructuarius perceperit fructus immaturos, puta ſilvam cæduam ceciderit intempeſtive, fœnum immaturum ſecuerit, oleam legerit immaturam? Etiamne hi perceptione fient eius? Quæſtio in eo eſt, an immatura hæc ſint in fructu. Nam de perceptione non dubitatur, quin tam his conveniat, quam maturis fructibus. Et placet hæc in fructu eſſe, eoque, & perceptione ſtatim fructuarii fieri. Quippe ex uſu hominis æſtimandum, quid illi expediat, aut non expediat. Quod autem expedit, id illi eſſe in fructu. *L. ſi abſente*, 48. §. *ult. D. de uſufr. L. pen. D. de uſufr. leg.*

VII. Quod cum ita ſit, ut quidquid eſt in fructu, id fiat fructuarii, ſi perceperit, nec aliter, quam ſi perceperit: videndum eſt, quid ſit percipere, & quando hic fructus intelligatur ab eo perceptus. Et aliter percipiuntur fructus naturales, aliter civiles, quos diximus, neque hi omnes uno modo, conditione fructuum ita exigente. Naturales fructus ſi ita continentur ea re, cuius ſunt fructus, ut non poſſint aut ſoleant, niſi humana opera ſeparari: tunc percipi intelliguntur, cum ſunt ab ea re ſeparati: ac ſeparati ſtatim percepti intelliguntur, etiam ſi nondum ſint collecti, aut reconditi in horrea, puta, ſpica aut fœno cæſo, uva exempta, excuſſa olea, & in animalibus pilo exſecto, detonſa lana, lacte mulſo. *L. ſi fructuarius*, *D. quib. mod. uſufr. amit. L. ſi eius*, in fin. *D. de rei vindic. L. in pecudum*, *D. de uſur.* Quæ ſi a fructuario facta erunt, tum vere dixerimus fructum ab eo perceptum eſſe, eoque & factum eſſe eius. Quod ſi per ſe iſta deciderint, placet, ut ea a fructuario percepta non ſunt, ſic nec ad fructuarium, ſed ad proprietarium pertinere. *d. L. ſi fructuarius*, *D. quib. mod. uſufr. amitt.* Quod ſi naturales fructus ita ſint, ut ſponte naturæ edantur, ſeparenturque a corpore, quo continebantur, ut ſunt fœtus animalium: in his eadem definitione uti non poſſumus: fruſtra enim exſpectetur, ut ſeparentur a fructuario, qui invita natura ſeparari non poſſunt: ea iubente ſatis ſeparantur ſine cuiuſquam facto. Tunc ergo percepti intelliguntur, cum ſunt editi, fiuntque ex eo ſtatim fructuarii. *d. L. in pecudum*, *D. de uſur.* Tantummodo ut ſint, editi, cum pecora eſſent in poſſeſſione fructuarii: ac tunc videntur eſſe in eius poſſeſſione, cum ab eo tenentur, aut ſunt ſub eius cuſtodia. *L.* 3. §. *Nerva*, *D. de acq. poſſ.*

VIII. Civiles fructus partim ipſo iure percipiuntur & acquiruntur fructuario; partim facto fructuarii. Quæ operis ſervorum fructuariorum acquiruntur, non indigent alia perceptione fructuarii. Quæſita hoc ipſo ſtatim iure ipſo acquiruntur fructuario, ut acquiruntur dominis, quæ quæſita ſunt per ſervos proprios. §. *de his*, *Inſt. per quas perſ. nob. acq.* In eadem cauſſa eſt, & quod donatur ſervo fructuario contemplatione fructuarii: *L. ſed etſi*, 22. *D. de uſufr.* Cætera commoda, quæ ſunt ex traditione rei fructuariæ, aut poſſeſſione ædium ruinoſarum ex cauſſa damni infecti, tunc percipiuntur, cum ea facta ſunt ex quibus illa commoda ſequi ſupra diximus. Ut, re fructuaria fruenda vendita, aut locata a fructuario, ſtatim illi quæſita eſt actio, proinde contractu percepta: unde illi pretium & mercedem ſequi neceſſe eſt. Quod ipſum & in cæteris factis huius generis intelligendum eſt. Sed pretium uſusfructus venditi totum fructuarii eſt, etiam ſi ne uno quidem anno toto uſusfructus ſteterit. *L. non utitur*, 38. in fin. *D. de uſufr.*

IX. Quæſitum eſt de penſionibus & mercedibus rei fructuariæ locatæ, an ſi forte ſteterit uſusfructus aliqua tantum par-

parte anni, quo res locata eſt, nihilominus eius anni totius penſio & merces debeat eſſe fructuarii, ut accidit in pretio uſusfructus venditi: an vero debeat pro rata temporis dividi inter fructuarium & proprietarium, quaſi non ſemel percepta, ſed quatenus ſtetit locatio. Quæſtio ideo dubia, quia de ea varie reſponſum videtur in *L. ſi operas*, 26. & in *L. defuncta*, 58. & *L. arbores*, *ſeq.* §. 1. *D. de uſufr.* Sed recte his locis omnia pro varietate rei locatæ, & fructuum inde a conductore perceptorum. De quo ſic habendum eſt: penſiones & mercedes rei fructuariæ locatæ ad fructuarium ita pertinere, ſi & locavit ipſe, & conductor fructum percepit ex re locata, aut percipere potuit, ſi vellet, iure eius locationis, ut ſic mercedem eatenus deberet.

X. Primum eſt, ut ipſe locaverit. Nam ſi dominus locavit prius, deinde fructuarius incidit in eam locationem, & eoſdem colonos vel inquilinos, alioſve conductores: mercedes debebuntur domino, non fructuario, niſi nominatim comprehenſum ſit in uſufructu conſtituendo, ut mercedes ad fructuarium pertinerent. *d. L. arbores*. 59. §. 1. *de uſufr.* Quippe ex locatione quæſita eſt actio ſoli domino, qui contraxit: non fructuario, qui non contraxit. Nec vero ſine actione mercedem percipere poteſt fructuarius: neque porro fructus aliter fit eius, quam ſi perceperit. Sed hic illi cavetur in *d. L. arbores*. §. 1. ut quod in hac locatione recta conſequi non poteſt, id obliqua via poſſit conſequi: *Ad exemplum venditionis*, inquit Paulus, *niſi penſiones fuerint nominatim exceptæ, poteſt uſufructuarius conductorem repellere*. Senſus eſt: quemadmodum ſi dominus locaſſet fundum aut ædes, deinde vendidiſſet, poteſt emptor eiicere conductorem, & ita ne eiiciat, conſequi, ſi velit, ut ſibi potius mercedes præſtentur, niſi quid aliud exceptum ſit. *L. emptorem. C. de locat.* ita & in propoſito, ſi dominus locaverit rem fructuariam ante uſumfructm conſtitutum; poterit fructuarius eodem exemplo repellere conductorem, cuius rei metu itidem conſequetur, ut aut conductor cogatur excedere, aut ei potius volente domino penſiones ſolvere, niſi nominatim exceptum ſit de penſionibus, ut hæ manente locatione ſolvereutur proprietario, eidemque locatori.

XI. Cum fructuarius locaverit, alterum ad perceptionem mercedum exigimus, ut conductor fructum perceperit, aut percipere potuerit iure eius locationis, ſi vellet. Atque hactenus merces acquiritur fructuario, non longius. Si percepit conductor, nulla dubitatio. Si non percepit, & per eum ſtetit, quominus perciperet, perinde haberi debet, quaſi percepiſſet, ne culpa & factum eius noceat fructuario, & actionem locati ab initio ei quæſitam, invito illi adimat, quod ius vetat. *L. factum, D. de reg. iur. L. ult. D. de pact.* Hinc diſtinctio ſuperioribus illis locis, quos ante indicavi, tradita, quam ſubiicio. Intereſt igitur plurimum, utrum fundus locarus ſit, cuius fructus naturales ſemel & uno tempore colligi poſſint: an locatæ res aliæ, quarum fructus ſit in uſu ipſo, ſeu in ea commoditate, quæ ex uſu quotidiano earum rerum percipitur, ut ædes, quarum fructus eſt, ut inhabitentur; ut ſervi, quorum fructus eſt in operis. In ſundo ſi colonus percepit fructus, exinde totius anni merces debebitur fructuario, etiamſi uſusfructus finitus ſit multo ante tempore, quam merces ex locatione pendi debebat. Eſt hoc reſponſum Scævolæ in *d. L. defuncta*. 58. in princ. *de uſufr.* Ratio manifeſta: nam ſi fructuarius ipſe percepiſſet, facti eſſent eius. Nunc autem videtur percepiſſe, cum conductor percepit Sed & illud ſpectandum eſt, pro qua re colonus debeat mercedem. Debet vero pro fructibus fundi perceptis. Horum enim percipiendorum cauſſa conducitur fundus. Quare ſi integros percepit: etiam ſolidam mercedem debebit ei, a quo cauſſam habuit percipiendi. Habuit autem a fructuario, qui locavit, & qui niſi locaſſet, percepiſſet ipſe, & ſuos feciſſet. Quapropter & huic perceptis a colono fructibus integra penſio debebitur; & ſi nondum finito tempore locationis deceſſerit, integram ad heredem tranſmittet.

XII. In cæteris rebus locatis, quarum fructus verſatur in earum uſu, ſi nondum impleto tempore locationis uſusfructus interierit: non debet maiore ex parte penſio ad fructuarium heredemve eius pertinere, quam pro [3] eo tempore, quo uſusfructus manſit: quod ſupereſt, ad proprietarium pertinebit, ut reſponſum eſt, operis ſervi locatis in *d. L. ſi operas*, 26. *de uſufr.* Merito: debetur enim in his rebus penſio fructuario pro uſu earum rerum. Quo fit, ut non poſſit deberi longius, quam is uſus præceſſerit. Non diutius autem conductor uſus eſt re fructua-

3) Paulo aliter Rob. *d.* C. 10. Io. del Caſtillo *d.* C. 77. n. 20. & *ſeq.*

ria, aut per conductorem fructuarius, quam uſusfructus ſtetit. Et vero abſurdum eſt fructuarium plus conſequi per conductorem, quam ſi ipſe re fructuaria uſus eſſet. Nam ut ei locanti tribuamus plurimum: nihil tamen conſequatur amplius, quam ut per conductorem frui intelligatur. *L. arboribus*, 12. §. *uſufructuarius*, *D. de uſufr.*

C A P. X,

Fructuario ius non eſſe, neque rei fructuariæ alienandæ, quod eſt proprietatis, neque conſumendæ, neque adeo mutandæ aut transformandæ. Et quæ ſit iſta mutatio, transformatiove, quæ hic fructuario denegetur.

Iura proprietatis, & de re ſtatuendi fructuario interdicta: & quare. Quæ ſint eiuſmodi. I.

Ideoque nec transformare, nec innovare rem fructuariam licet fructuario; etiam ut meliorem faciat. Duplex Ulpiani locus in L. 13. §. fructuarius, & §. inde *in fin.* D. de uſufr. *illuſtratus.* II.

Sed nec inducere quod rei qualitatem mutet. Conciliatio L. uſufructuarius 44. D. de uſufr. *cum* L. ſi cuius 13. §. ſed ſi ædium D. eod. III.

Item nec inchoatum ædificium conſummare. Exponitur L. uſufructuarius 61. D. de uſufr. & *Neratius* ibidem *defenditur* IV. V.

Superioris definitionis exceptio. Exceptionis ratio, & exempla. Conſecutioni a contrario deductæ occurritur. VI. VII.

I. Atque hæc fructuarii commoda ſunt in re fructuaria: hic uſus & fructus: hæc fructuum perceptio & acquiſitio. Commoda ut fructuarii omnia, ita, ut propoſui, ſola. Quid ergo poſt hæc deeſt fructuario, quin habeat in re fructuaria? Duo: proprietas, tum ius in corpore & ſubſtantia rei. Quæ duo definitione uſusfructus comprehenſa ſunt, cum dicitur ius fruendi alienis rebus, & fruendi ſalva rerum ſubſtantia. Proprietas ergo alterius eſt, nempe eius, cuius & ante uſumfructum fuerat, aut ſucceſſorum eius. Non eſt fructuarii, qui nulla ex parte eſt dominus. *L. recte*, *D. de verb. ſign.* Hoc eam vim habet, ut extra uſum & fruitionem rei de re ſtatuere non poſſit, ſciamuſque omnia quæ huius poteſtatis ſunt de re ſtatuendi, fructuario eſſe interdicta, cuius generis hæc ſunt rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumiſſio, proprietatis oppigneratio: omnia eiuſmodi, ut ſi facta fuerint, ipſo iure non valeant. *L. uſufructu*, 9. *L. intereſt*, 6. *L. habitatio*, *C. de uſufr.* Nam & dominum eſſe oportet, qui velit dominium transferre: *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* & ſervum in poteſtate dominiove ſuo habere, qui velit eum poteſtate ea & dominio liberare, quod ſolius domini eſt: *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. ſunt.* Et rem habere in bonis, qui velit eam pignore obligare. *L. quæ prædium*, *C. ſi alien. res pign. dat. ſit*, *L.* & *quæ nondum*, §. 1. *D. de pign.*

II. Ex eadem uſusfructus definitione ſalvam ſemper rei ſubſtantiam manere oportet; ut intelligamus in eam fructuario nihil iuris eſſe. His verbis ſupra diximus duo hæc contineri: ne fructuarius conſumat; neve mutet aut transformet. Meminerimus ſemper nos de vero uſufructu loqui, non de uſufructu earum rerum quæ uſu conſumuntur. De conſumptione ius certum, hanc fructuario minime concedi, de qua ſatis dixi in definitione. Mutatio & transformatio paulo longiorem tractatum deſiderat, quem hic oportune ſubiiciemus. Ergo fructuarius tueri ea, quæ invenit, poteſt: [1] mutare & nova facere non poteſt. *L. uſufructuarius*, 44. *L. ſi cuius*, 13. §. *ſed ſi ædium*, verſ. *ſed neque D. de uſufr.* Quid, ſi melius repoſiturus ſit, & excolendo meliorem domini cauſſam facturus? finge eum ædes ampliare, viridariis & deambulationibus voluptarlis ſublatis, hortos olitorios facere, aut aliud quid, quod reditum augeat. Placet ne [2] ſic quidem eum rem mutare poſſe. Hoc Ulpianus in *L.* 7. in fin. *L.* 8. *L. ſi cu-*

1) Fuſe hac de re & quid fructuario ac quatenus hic liceat, tractat Io. del Caſtillo *de Uſuf. C.* 33.

2) Vid Caſtillo *d. Tr. C.* 25. *n.* 10. *& ſeqq.* Sic & contra nec proprietarius poteſt rem vel in melius mutare, vid. *L. ult. de Uſu & hab.* ubi ſcite Gothofredus: quod contra alicuius voluntatem fit, id utcunque aliis melius fit, illi tamen melius non eſſe. Et ſæpe quæ contemptiora & viliora habentur pretioſiora, vid. Fomer. 2. *Selett.* 8.

L. ſi cuius, 13. §. *fructuarius*, *D. de uſufr.* Quod tamen idem veluti ſecum pugnans bis mutare videtur in *d. L. ſi cuius*, nam in §. *fructuarius*, ita definit: *fructuarius cauſſam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere poteſt*. Et mox in §. *inde*, *ſeq.* in fin. *forſitan*, inquit, *etiam hæc deiicere poterit: ſi quidem ei permittitur meliorare proprietatem*. Et ſunt hæ quidem definitiones; ſed quas ad explicandum proponat: & deinceps ita interpretatur, ut doceat utrumque ſe ita intelligere, ſi quidem id ipſum maneat, quod invenit, dum id melius & auctius facit: diverſum eſſe, ſi qui mutet aut transformet, quantunvis, quod reponit, melius aut fructuosius futurum sit. Id in his quæ ſequuntur, pluſquam certo declarat, partim diſtinctione atque exemplo rerum infructuoſarum; partim etiam definitione de toto genere aperte ſcripta. Diſtinctio ſequitur huiuſmodi in *d.* §. fructuarius. *Et si fundi*, inquit, *eſt uſusfructus legatus*, *non debet neque arbores frugiferas excidere*, *neque villam diruere*, *neque quidquam facere in perniciem proprietatis*. Hæc de eo, qui cauſſam proprietatis facit deteriorem. Quid, si faciat meliorem? Et docet exemplo ne id quidem licere, si rem deiiciat, quanvis reponat, quod sit melius. *Et ſi forte*, inquit, *voluptarium ſit prædium*, *viridaria*, *vel geſtationes*, *vel deambulationes* [3] *arboribus infructuoſis opacas vel amœnas habens*, *non debebit deiicere*, *ut forte hortos olitorios faciat*, *vel aliud quid*, *quod ad reditum ſpectet*. Atqui in his omnibus fructuoſum fundum facit, qui prius hactenus erat non tantum ſine fructu, ſed etiam ſumptuoſus domino. Sed prius deiicit illa ſuperiora, quæ invenit. Negat ergo hæc illi licere facere, quanvis fundum ad iſtum modum excolendo meliorem faciat. Atque ita quod prius generaliter poſuerat, interpretatur. Sed omnem dubitationem eximit definitio, quam ſubiicit in ead. *L. ſi cuius*, §. *ſed ſi ædium*, verſic. *Sed neque*. Poſt alia enim multa, quibus dixerat non licere fructuario in ædibus quid mutare aut convertere, etiam ſi faciat cum fructu; ita definit: *excolere enim*, *quod invenit*, *poteſt*, *qualitate ædium non mutata*. Nimirum hoc eſt: excolere rem, & excolendo meliorem facere poteſt: ſed dum ſervet, quod invenit, non etiam immutet. Quod fiet reficiendo ædes, ferendo arbores, ſubſerendo vites, agrum bene colendo, & fructum uberiorem faciendo. Aliter non licet. Et ne dubitemus ita ius eſſe, atque hanc ita eſſe ſententiam Ulpiani, res aperte definita eſt a Neratio, cuius extat definitio in *L. uſufructuarius*, 44. *D. de uſufr.* fere his verbis: fructuarium tueri poſſe, quod accepit, non novum facere; tametſi excolendo ædificium meliorem domini cauſſam facturus eſſet.

III. Non ſolum autem non licet ita rem mutare, ut vetere ſublata, aut ſuo loco motam, novam in eius locum ſubſtituas: ſed nec priore ſubſtantia, quæ inventa eſt, manente, licet inducere, quod cohærens rei qualitatem immutet, ex ſuperiore Ulpiani definitione. *d. L. ſi cuius*, §. *ſed ſi ædium*. Ex quo eſt illud Neratii ex *d. L. uſufructuarius*, 44. uſumfructuarium novum [4] tectorium parietibus, qui rudes fuiſſent, imponere non poſſe, tametſi meliorem domini cauſſam facturus eſſet. Hæret enim tectorium, & impoſitum qualitatem parietis mutat. Cui non adverſatur, quod traditur [5] in *d. L. ſi cuius*, 13. §. *ſed ſi ædium*, in princip. ædium uſufructu legato, poſſe fructuarium & colores immittere, & picturas, & marmora, & ſigilla, & si quid facit ad domus ornatum. Hæc enim omnia aut non cohærent, aut non ita, quin sine damno & intertrimento parietis facile eximi poſſint. Non sic tectoria aut incruſtationes, quæ sic adglutinata ſunt parietibus, ut non poſſint plane eximi, aut non ita, quin ex ſarturis & coagmentationibus parietum aliquid ſecum trahant. De tectoriis & incruſtationibus legere eſt apud Budæum in *annot. ad Pand.*

IV. Eiuſdem rationis eſt, quod idem Neratius ſcribit, fructuarium inchoatum ædificium conſummare non poſſe. Cuius de hac re extat ſubobſcurum reſponſum in *L. uſufructuarius* 61. §. 1. *D. de uſufr.* in hæc verba: *Ædificium inchoatum fructarium* [6] *conſummare non poſſe placet*, *etiam ſi eo loco aliter uti non poſſit*.

3) Deambulationes in *d. L.* 13. §. 4. ſignificant locum amœnum, deambulationi deſtinatum. Ut apud Cic. 2. *de Orat.* Hot. 3. *Obſ.* 23.

4) Tectoria quæ ſint exponit Zoan. *Reſtit. ad Dig. C.* 24. Sed nec rivum imponere poteſt, *L.* 61. *h. t.* id eſt canalem, qui egerendæ aquæ pluviæ e tecto manantis parietibus imponi ſolet. Non autem eo ſenſu ibi rivus, quo in Interdicto de Rivis. Nec eſt quod Cuiacius 1. *Obſ.* 36. expuncta voce *rivum* reponat in *d. L.* 61. *tectorium*, recte notatus ab Hot. 2. *Amic.* 36. & Ræv. 2. *Coniect.* 12.

5) Nec diſtinguit an ædes pictas acceperit, ut contra Cuiacium *in recitat. ad L.* 10. *de ſerv.* Caſtillo *d. C.* 33. *n.* 8.

6) DD. vulgo rationem reddunt, quia mutaretur forma & ſubſtantia rei, vid. Caſtillo *d. C.* 33. *n.* 13. *& ſeqq.* Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 52. *& ſeqq.* nec (ut noſter & probabilius) videntur accipere *d. L.* 61. de alio quam cui nominatim illius ædificii uſusfructus relictus. Male. Sic enim actus legantis vel conſtituentis plane erit fruſtraneus.

Sed nec eius quidem uſumfructum eſſe: niſi in conſtituendo vel legando uſufructu hoc ſpecialiter adiectum ſit, ut utrumque ei liceat. Hic prima reſponſi obſcuritas ex ſpecie facti, in qua Neratius ſecum pugnantia ſcribere videtur. Ait enim eius ædificii inchoati uſumfructum non eſſe: & tamen eum, quem negat conſummare poſſe, fructuarium appellat. Non eſt autem fructuarius, nisi is cui vere uſusfructus rei conſtitutus eſt. Quod si abusive eum fructuarium vocaret, qui videretur, & non eſſet: non debuiſſet dicere, fructuarium hoc conſummare non poſſe: ſed contra eum, qui apud eum proponebatur, non poſſe id conſummare, quia fructuarius non eſſet. Tum autem magis incertum eſſet, in qua ſpecie vellet id reſponderi. Nam de eo, qui fructuarius non sit, reſpondere hunc in re aliqua nihil facere poſſe uſusfructus iure pluſquam nugatorium eſt. Res sic habet. Is qui proponitur, fructuarius eſt vere, ut eum vocat Neratius: ſed non eſt in ædificio iſto inchoato, cuius negat uſumfructum eſſe. Et tamen ex alterius rei uſufructu relicto iuſte dubitatur, an iure illius uſusfructus prioris poſſit hoc ædificium inchoatum conſummare, & an sit eius uſusfructus. Id autem contingit in hac ſpecie, quam ad id reſponſum accommodari oportet. Teſtator legavit Titio prædii, vel fundi, vel loci Corneliani uſumfructum. In eo ſeu fundo, ſeu loco erat ædificium quoddam inchoatum. Cum eo loco, in quo id ædificium cœptum erat, uti non poſſet fructuarius, nisi aut deponeret, quod iam ædificatum erat, aut quod cœptum erat, conſummaret; primum quæri potuit, an poſſet deponere, ut sic poſtea loco purgato commode uti poſſet. Et conſtat eum non poſſe. Sic enim deteriorem cauſſam proprietatis faceret, quod ei citra controversiam non licet. *d. L. si cuius*, 13. § *fructuarius*, *D. de uſufruc.* Quod cum certum eſſet, ideo omisit Neratius. Itaque proxime quæritur, an poſſit ſaltem conſummare, ut perfecto ædificio iam uti poſſit ædibus. Movet, quod iſto modo rem meliorem facturus eſt, quod ei licere debere videbatur. Reſpondet Neratius nec conſummare eum poſſe. Quod plane ex ſuperiore definitione Ulpiani, & ſua reſpondet. Non enim licet fructuario immutare qualitatem rei: licet ei tueri, quod accepit, non novum facere, etiam si meliorem cauſſam domini facturus sit. *d. L.* 13. §. *ſed ſi ædium*, *d. L.* 44 *de uſufr.* Eveniet autem in propoſito, ut rem mutet, & novam faciat, si inchoatum ædificium perficit. Sic enim fient ædes, quæ prius non erant: & eæ ædes, quæ si alius ædificaſſet, fortaſſe eædem futuræ non eſſent. Idque ita eſt, inquit Neratius, etsi eo loco aliter uti fructuarius non poſſit; ut pote loco aliter plane inutili.

V. Hic iam altera difficultas in ipſo reſponſo dictæ *L.* 44. Conſtat enim fructuario, & omni, cui ſervitus debetur, ea licere, ſine quibus uti ſervitute non poteſt. *L.* 1. § 1. *D. ſi uſusfruc. pet.* *L. ſervitutes*, §. *ſi domo*, *D. de ſervit. urban. præd.* Et ſi de mutatione rei in uſufructu quæritur. Certum eſt etiam hic rem mutare & transformare licere, dum fiat fruendi cauſſa: de quo paulo poſt. Probat *L. ſi cuius*. 13. §. *inde D. de uſufruc.* Huic obiectioni, opinor, occurrens Neratius ſubiicit, ſed nec eius quidem uſumfructum eſſe. Quaſi diceret non obſtare, quod fruendi cauſſa liceret rem mutare. Id enim liceret in ea re, cuius uſusfructus eſſet conſtitutus: in propoſito autem ædificii illius inchoati nec uſumfructum eſſe. At rurſum hæc ipſa ſententia in ſpecie propoſita incidit in reprehenſionem. Cum enim proponamus fundi vel loci alicuius uſumfructum relictum eſſe, huius autem fundi partem eſſe ædificium inchoatum, utpote quod ſolo impoſitum cedat ſolo. §. *cum in ſuo. Inſtitut. de rer. diviſ.* Quid reſtat, niſi ut huius quoque partis uſumfructum conſtitutum intelligamus? Diximus enim ſupra rei alicuius uſufructu conſtituto, etiam earum rerum uſumfructum contineri, quæ rei cohærentes eius partem faciunt; puta quæ alluvione acceſſerunt. *L. item ſi.* 9. §. *huic vicinus*, *D. de uſufruc.* Sed & hoc recte Neratius. Quod enim dicitur etiam partium & acceſſionum fundi uſumfructum eſſe, ſic intelligendum eſt, ſi modo &

Coraſ. 1, *Miſc.* 6. accipit *d. L.* 61, de ædificio voluptatis aut alia cauſſa cœpto. Et ſi fructus fundi percipi ac colligi poſſint, etſi eo loco, hoc ſcilicet ædificio, ad uſum cui deſtinatum, uti n queat, conſummare non poſſe. Quod ſi uti frui nequeat, niſi obſolvatur, perficere poſſe *L.* 7. §. *ult. h. t.* & ita quoque fere Charond. 1. *Veriſim.* 5. & 21. Caſtillo *d. C.* 33. *n.* 19. & *ſeq.* novam adfert rationem, *d. L.* 61. quæ ſpeciem ſubtilitatis habet, ſed nervo caret. Legatum illic uſusfructus ædium cœptarum habere tacitam conditionem ſi conſummatæ fuerint, ut interim dilationem habeat uſusfructus. Quia vero dilatio in favorem heredis adiecta, cenſetur non poſſe ſuo facto legatarium dilationem impedire, & minuere. Multa hic peccata. 1) Nulla coniectura voluntatis interpretationem hanc exigit. Quin res legatæ potius, quales ſunt & reperiuntur, tales præſtandæ. (2) Inter caſus, quibus ſine verbis conditio intelligitur, vid. *L.* 8. *C.* 31. *n.* 13. hic non eſt, nec illis ſimilis. (3) Conditio ſi ſic pendebit ex facto heredis, locus regulæ *L.* 24. *de cond. & dem.* de qua *Lib.* 8. *C.* 34. *n.* 2. 4) Sic ex voluntate heredis pendebit vis legati, ac ſi nunquam is, ſuperſtite legatario, perficiet ædificium, legatum inane erit &c.

do & earum partium aliquis uſusfructus eſſe poſſit. At in propoſito cum fundi aut loci alicuius uſusfructus legatus eſt, non poteſt intelligi ullus uſusfructus ædificii iſtius inchoati. Aut enim volumus uſumfructum datum eſſe ipſius loci & fundi, in quo eſt ædificium, aut ipſius ſuperficiei. Non poteſt eius loci, in quo ædificium eſt, uſusfructus intelligi; cum is locus impediatur ædificio inchoato, & id ædificium fructuario deponere non liceat. Non poteſt uſusfructus eſſe ſuperficiei. Nam inchoatæ iſtius ſuperficiei nullus eſt uſus, niſi exſtructis ædibus quas liceat inhabitare. Non prius autem ſunt ædes, aut etiam nulla pars ædium, quam fuerint conſummatæ. *L. ſi is qui quadringenta*, 80. §. *ult. D. ad leg. Falcid.* Neque porro ædificium id inchoatum licet fructuario conſummare fruendi cauſſa, priuſquam eius cœperit eſſe uſusfructus. Quare huius ædificii inchoati nec in præſentia, nec poteſtate, eius conſummandi uſusfructus ullus eſt. Quod veteribus placuiſſe in propoſita ſpecie Neratius ſcribit. Summa autem hæc eſt, ut nec conſummatione ædificii eius, quod in fundo fructuario inchoatum ſit, liceat fructuario eius ædificii qualitatem mutare, & pro inchoato ædificio ædes perfectas dare.

VI. Quod tamen dicitur, fructuarium non poſſe rem mutare, non transformare; ſic accipiendum erit, ſi quid inſtituat novi, non quo re vetere, cuius uſusfructus conſtitutus erat, commodius utatur fruatur: ſed ut fruatur nova, cuius uſusfructus conſtitutus non eſt. Veluti, ſi fundi uſufructu legato, in quo vites non erant, arvo ſubverſo vites inſtituat; aut vitibus, quæ in fundo erant, evulſis, inſtituat ſilvam cæduam, ut & illic vitibus, & hic ſilva cædua frui poſſit, cum neutrius rei fructus ab initio eſſet conſtitutus. Diverſum eſt, ſi quod ſit, inſtituatur rei cuius uſusfructus conſtitutus eſt, tuendæ, aut ad uſum educendæ cauſſa, quo magis ea integra & libera frui liceat. Omnino enim ita definiendum eſt, quidquid eſt, ſine quo fructuarius uti non poſſit, id eſt, ſine quo non poſſit quod in fructu eſt, percipere, id illi facere ad fructum capiendum eſſe permittendum: quod & ſupra monuimus. *L.* 1. § 1. *D. ſi uſusfruc. pet.* Idemque in omni alia ſervitute receptum eſt. Alioqui nec ſervitus illi conceditur. *L. ſi iter, D. de ſerv. L. ſervitutes*, §. *ſi domo, D. de ſervit. urban. præd.* Ex hoc genere illa conceſſa fructuario: reficere ædes; agrum colere; lapidicinas & fodinas, quæ ſunt in fundo fructuario, exercere; has ipſas novas in fundo inſtituere; ædificium interdum in fundo, aut area ponere. Reficere ſæpe non licet niſi re tota mutata: ut ſi quis reficiat parietem vitioſum, neceſſe habet deiicere, & novum facere. Reficere tamen poteſt fructuarius, & debet: quia facit re vetere, cuius uſusfructus conſtitutus eſt, fruendi cauſſa. *L.* 7. §. *ult. D. de uſufr.* Colere agrum, puta, arare, ſubſerere vites, putare arbores non licet, niſi aut illic terra inverſa, aut hic priore ſubſtantia depoſita & qualitate mutata. Licent tamen fructuario hæc omnia, quia ad fundi fructuarii uſum pertinent. dicta *L.* 7. in fi. *L. ſi cuius.* 13. §. *de præteritis*, in fin. *D. de uſufr.* Poteſt fructuarius lapidicinas & fodinas omnis generis, quæ ſint in fundo, ad ſuum emolumentum exercere. *L. item ſi.* 9. §. 2. *L. ſi cuius.* 13. §. *inde, D. eod.* Et tamen quantum ex his venit, tantum detrahit de ſubſtantia interiore fundi. Sed facit ut fruatur fodinis, non novis, & a ſe inductis: ſed his, quæ ab initio erant in fundo, & quarum uſusfructus una cum totius fundi uſufructu relictus erat. Hinc illa in his mutandæ & demendæ ſubſtantiæ rei facultas. Hoc amplius placet eum etiam novas lapidicinas & fodinas in fundo inſtituere poſſe, & ut ad eas perveniat, poſſe non ſolum partem agri non neceſſariam occupare; ſed & utiles, ſi ſit opus, deiicere, puta deiicere vineas, arbuſta, vel oliveta, quæ fuerunt, ſi in eo quod inſtituit, plus ſit reditus, quam in vineis, & reliquis quæ deiicit. *d. L. ſi cuius.* 13. §. *inde D. de uſufr.*

VII. Sed ſi fodinis præſentibus, quæ latent, fruendi cauſſa, licet has inſtituere: cur non licet fructuario, ut ad eas perveniat, deiicere partes agri etiam fodinis ipſis utiliores: cum poſſit dici ideo illum id facere, ut fodinis fruatur? Eo ſit, quia qui utiliora deiicit, quibus ante fruebatur, apparet eum non deiicere fruendi, id eſt, fructus percipiendi cauſſa, ſed nocendi. Nam ſi fructum quæreret, habet eum uberiorem iam paratum in his quæ deiicit. Et vero non eſt fructus, ex quo plus eſt incommodi, quam commodi: cum lucrum intelligatur omni damno deducto. *L. Mucius, D. pro ſoc.* Fructus autem ſit lucrum. Unde definitur fructus, ut ſit, qui deducta impenſa ſupereſt. *L. fructus*, 7. *D. ſol. matrim.* Sed etſi utroque modo diceretur fructuarius frui, ſive retineret vetera utiliora, ſive fodinas minus

uti-

utiles exerceret: tamen cum utiliora deiiciendo id faciat in perniciem proprietatis; ſemper probandum eſt illud Celſi, *malitiis hominum non eſſe indulgendum, nec cuiquam concedendum, alteri ut noceat nullo ſuo lucro*, L. in fundo, *D. de rei vindic. L. ſi cui ſimpliciter, D. de ſervit.* Poſtremo ædificium quoque in loco fructuario ponere nonnunquam fructuarius poteſt: ita ſcilicet, ſi erit 7) ad fruendum re fructuaria neceſſarium; puta in fundo, ſi erit neceſſarium ad fructum percipiendum. *L. ſi cuius*, 13. *§. ſi tamen*, in fin. *de uſufruc.* In area, cuius uſusfructus legatus ſit, caſam ædificare cuſtodiæ cauſſa earum rerum, quæ in area ſunt. *L. penult. D. eod.* Et hactenus commoda fructuarii in re fructuaria.

7) Ita & Pinel. *ad L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n.* 54. ſpeciale hoc eſſe favore fructuum, qui & alias magnus, reprehendens eos, qui facilius permitti volunt exſtructionem *d. L. pen.* quam conſummationem *n.* 61.

C A P. XI.

Remedia fructuario prodita iuris ſui tuendi gratia.

Tranſitio; & ratio ordinis. I.
Remedia impedimentis uſusfructus oppoſita ſunt & ipſa fructuarii commoda: & qualia. II.
Impedimenta aut præſentia, aut futura. Præſens impedimentum duplex, & quale utrumque. III.
Fructuarius rem vindicat a poſſidente, actione confeſſoria; & ab illo deiectus interdicto unde vi occupatæ rei, & fructuum reſtitutionem conſequitur. IV.
Impedientis fructuarium in libero uſu rei, quam poſſidet, diſtinctio habenda proprietarii, ab extraneo. V.
A proprietario, tanquam proprietario quæcunque fructuario obiiciantur impedimenta legibus improbata pro infectis habenda; quæ hinc conſectaria. VI. VII. VIII.
Ab extraneo quæ obiiciuntur; ea ſunt aut manu *aut* opere. IX.
Manu *aut in re aut extra rem. Utrinſque exempla; & quod adverſus iſta proditum fructuario remedium. Conciliatur* L. 1. §. item, Iuliano D. de remiſ. *cum* L. 1. *princ.* & L. 5. §. utrum *in fin.* D. ſi uſusfr. pet. X.
Opere. *Quale iſtud impedimentum, & contra illud quatenus cautum fructuario.* XI.
Futura impedimenta, aut ab opere cœpto veniunt necdum perfecto, aut a vicinis ædibus ruinoſis. XII.
Priori oppoſita nuntiatio novi operis, & hæc cur non ſuo, ſed procuratorio nomine tributa fructuario. XIII. XIV.
Poſteriori actio damni infecti, & quare iſta ſuo ipſius nomine competat fructuario. XV.

I. COmmodis fructuarii cognitis ſequebantur onera, ut propoſuimus, ſi modo hæc utraque nuda proponi ſatis eſſet. Sed fruſtra eſt noſſe eſſe commoda aliqua fructuario, niſi liceat ei conſtituta & cognita tueri. Quare his commodis adiunctus eſt ille alter locus, ut quæratur, quomodo iſta conſerventur. Locus ſecundus in omni quæſtione de iure noſtro, ut ante attigimus. Primum eſt enim, ut aliquid nobis acquiratur, quo fiat noſtrum. Secundum, ut quantum ſit in iure quæſito, tum hoc ipſum, quod in eo eſt, quomodo conſervetur, cognoſcamus. *L. ult. D. de leg.*

II. Conſervantur commoda fructuarii, ut cætera iura, remediis idoneis adverſus impedimenta uſusfructus iure conſtitutis, quæ remedia, ut aliquoties iam diximus, & ipſa ſunt pars iuris noſtri: ut merito inter iura & commoda fructuarii hunc locum occupent. Illa enim commoda ſuperiora prima ſunt & principalia, & ſi quis ſponte ius ſuum cuique tribuat, ſola. Sed quoniam non ſemper tribuitur ſuum cuique, additur ratio eorum tuendorum. Quæ pars eſt inferior, & velut ſequela ſuperiorum.

III. Remedia ita ſunt, ut impedimenta, quæ fruenti obiiciuntur. Impedimentum genere duplex. Aut enim præſens eſt, aut ex cauſſa præſente metuitur futurum. Præſens aut in eo eſt, quod alius rem fructuariam poſſidet; aut in eo, quod poſſidenti fructuario obiicitur aliquid, quominus re fructuaria libere utatur.

IV. Alio poſſidente, aget fructuarius cum poſſeſſore uſumfructum vindicans,

ut

ut ſibi res reſtituatur fruendi cauſſa. In eam rem comparata actio confeſſoria de uſuſructu. *L. uti*, §. 1. & §. *ult. D. ſi uſusfr. pet.* de qua actione poſtea in commune. Quod ſi cum prius poſſeſſionem rei nactus cœpiſſet uti frui; poſtea vi deiectus ſit de fundo aut ædibus, aut cum inde exiiſſet non deſerendi uſusfructus cauſſa, rediens non ſit admiſſus: utetur hoc amplius, ſi volet, interdicto unde vi, nominatim illi in eam rem comparato, cum generale ad eum, utpote vere non poſſidentem, non pertineret, quo interdicto conſequetur, ut ſine exceptione res ſibi reſtituatur. *L.* 3. §. *unde vi*, *D. unde vi*. Simul & de reſtitutione omnium rerum occupatarum utiliter aget. Et ſi medio tempore aliquo caſu interierit uſusfructus, æque de perceptis antea fructibus utilis actio tribuitur. *L. cuiuſcumque* 60. *D. de uſufr.*

V. Poſſidens fructuarius prohibetur uti frui aut a proprietario tanquam proprietario proprietatis iure, aut ab extraneo tanquam extraneo.

VI. A proprietario tanquam proprietario prohibetur, ſi proprietarius ſervitutem rei fructuariæ imponat; locum fructuarium religioſum faciat; ſervum fructuarium manumittat: ſiquidem iure hæc faciat: ac videntur omnia iuris eſſe & facultatis dominicæ. Certe de his ita ius eſt, ut ſervitutem prædio imponere poſſit, qui eſt prædii dominus. *L.* 1. *D. comm. præd.* Locum religioſum facere loci dominus. §. *religioſum*, *Inſtitut. de rer. diviſ.* Servum manumittere item ſervi dominus. *L.* 3. *C. de his, qui a non dom. manum.* Sed hoc impedimentum in hac ſpecie fructuario metuendum non eſt. Adverſus hunc metum ſic iuris ratio eſt. Licet proprietario de re fructuaria ut vere ſua quidvis ſtatuere: ſed quod uſumfructum non offendat, ut [1] proprietatem alienare; proprietatem pignori obligare; ſervum noxæ dedere; quæ omnia ſalvo ſemper uſufructu contingunt. *L. locum.* 17. §. *penult. D. de uſufruc. L.* 2. *C. eod.* ut ſervitutem imponere, qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti, ſi talem ſervitutem vicino conceſſerit; ius ſibi non eſſe altius tollere. *L. niſi*, 16. *D. eod.* Ut autem conditionem fructuarii deteriorem faciat, nihil illi licet facere. Si faciat, quia contra ius facit, pro infecto eſt. *L. non dubium. C. de legib.* ut iam hic remedium quærendum non ſit ad ea infirmanda, mutandave, quæ nulla ſunt. Proinde nec locum fructuarium poteſt religioſum facere, nec ſervitutes, quæ uſum rei onerent, imponere invito fructuario. *L. ſed ſi quid*, 15. §. *ult. D. de uſufr.* Non quod proprietarius dominus non ſit; eſt enim vere dominus, & omni ex parte, quanvis uſumfructum non habeat: *L. recte*, *D. de verb. ſignif.* ſed quia hactenus eſt dominus, ne alterius conditionem in ea re faciat deteriorem, quod & naturali & civili ratione facere prohibemur in rebus omnibus. *L. ſolvendo*, *D. de neg. geſt.*

VII. Quid, conſentiente fructuario an non recte iſta faciet proprietarius? Valde conſentaneum videbatur poſſe eum facere. Nam ſi metuimus, ne hic fiat fructuarii conditio deterior, non eſt, quod in conſentiente id metuamus; cum non fraudentur, qui ſciunt & conſentiunt. *L. nemo videtur*, *D. de regul. iur.* nec debet quod certa de cauſſa interdictum eſt, cauſſa deficiente ei iuri locus eſſe. *L. de eo*, *L. quid enim*, *ſeq. D. de iud.* Sed & hoc ne quid iſtorum in perniciem fructuarii fiat, totum fructuarii cauſſa conſtitutum eſt. Licet autem unicuique iuri pro ſe introducto renuntiare. *L. penult. C. de pact.* Licet unicuique deteriorem conditionem ſuam paciſcendo facere. *L. pactum*, *D. eod.*. Et tamen quod mirum videri poſſit, adverſus hæc omnia de ſervitute ſcriptum eſt in *d. L. ſed ſi quid* 15. in fin. *de uſufruct.* proprietatis dominum ne quidem conſentiente fructuario imponere poſſe ſervitutem. An quod proprietarius non plene dominus eſt, quia uſumfructum non habet? Sed non eo minus in ſolidum dominum eſſe diſerte traditur in *d. L. recte*, *de verbor. ſignificat.* An ergo potius ſuperiora vera non ſunt, conſentientem non fraudari; conſentienti non licere ius ſuum remittere? Immo veriſſima omnia in eo, cuius conſenſum ius non improbet; nam contra ius nullus conſenſus, nullum pactum ratum eſt. *L. iuriſgentium*, §. *ait prætor*, *D. de pact.* Atqui hic conſenſus, qui proponitur, talis eſt. Sic enim eſt regula iuris, qui alienare non poteſt, nec ſi alienanti conſentiat, ratam eius habendam voluntatem, id eſt, iure eum inutiliter conſentire. *L. cum quis*, *D de regul. iur.*

VIII. Servitutis porro impoſitio genus eſt alienationis. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Quapropter ſi fructuarius ſervitutem imponere, & hactenus rem alle-

1) *L.* 3. §. *ult. Uſ. quem. cav. L. fundi* 38. *de Uſ. leg.* Gomez. 2. *Reſ.* 15. *n.* 9.

alienare non poteſt; nec imponenti [2] conſentire utiliter poterit, prohibente regula ſuperiore. Conſtat autem fructuarium ſervitutem prædio imponere non poſſe. Solus enim hanc imponere poteſt dominus. *L. ſi quis duas*, in princip. *D. comm. præd.* fructuarius autem rei fructuariæ dominus non eſt, *d. L. recte*, *D. de verbor. ſignificat.* Ex quo efficitur, nec poſſe eum imponenti ſervitutem utiliter conſentire; cuius in hac re ut alienationem, ita & conſenſum de alienatione ius repudiet. Hæc ratio faciebat, ut proprietarius nec locum religioſum facere poſſet, quanvis conſentiente fructuario, nam & hæc maxime dominii alienatio eſt. Sed contra placuit favore religionis, *d. L. locum*. 17. in pr. *de uſufr.* Quo exemplo idem admittemus & in libertate, ut poſſit & proprietarius, conſentiente fructuario, ſervum fructuarium manumittere; favore ſcilicet libertatis, nam libertas omnibus rebus favorabilior habetur. *L. libertas omnibus*, *D. de reg. iur.*

IX. Ab extraneo ut extraneo, ac proinde nullo ne in ſpeciem quidem proprietatis iure, prohibetur uti frui fructuarius alioqui rem poſſidens, iiſdem modis, quibus dominum re ſua uti volentem prohiberi eo uſu ſupra diximus *libro nono*, *Cap.* 9. nempe aut manu, aut opere facto.

X. Manu, ſi quis eum prohibeat ea facere, ſine quibus uti frui non poteſt. Quod & in re ipſa fieri poteſt, & extra rem. In re ipſa, puta fundo aut ædibus, ſi quis prohibeat eum reficere ædes, agrum colere, fructus colligere, & ſimilia, quæ commemorantur in *L. vim facit*, *D. unde vi. L. qui pendentem*, *D. de actionib. empt.* Adverſus hoc genus impedimenti eſt actio confeſſoria, quæ & poſſidenti datur, & datur in hoc, ut fructuarius conſequatur liberam fruendi poteſtatem, *L. pen. §. ult. D. ſi uſusfr. pet.* Extra rem prohibetur, ſi prohibetur importare neceſſaria ad refectionem. Quod cum ſit, etiam videtur fructuarius prohiberi reficere. *L. veteres*, *D. de itin. act. priv.* Ut hic quoque eadem illa ſit obtinendi iuris ſui ratio, quæ ſupra. Sed & tunc prohibetur maxime, quanvis extra rem, cum prohibetur uti ſervitutibus prædio fructuario debitis. Inde & adverſus id impedimentum eadem illi actio & vindicatio confeſſoria: non tamen, ut vindicet ipſas ſervitutes, id eſt, vindicet recta & principaliter; cum actio confeſſoria de ſervitute prædii non competat niſi prædii domino. *L.* 1. *D. ſi ſerv. vind.* ſed ut vindicet uſumfructum; qua vindicatione etiam illud continetur per conſequentiam, ut vicinus pati debeat fructuarium quoque ire agere, & reliquis ſervitutibus uti, quoniam qui his prohibeatur, idem prohibeatur uti frui. Hoc Ulpianus in *L.* 1. in princ. *L. pen. §. pen.* in fin. *D. ſi uſusfr. pet.* Cui tamen contrarium idem probare videtur in *L.* 1. *§.* 1. *D. de remiſſ.* ſcribit enim Iuliano placere, in qua etiam ſententia manet, fructuario vindicandarum ſervitutum ius eſſe. Sed nihil hic contrarii. Fructuarius vindicabit ſervitutes. Hoc ipſum dicit & is, qui dicit eum vindicare poſſe uſumfructum ſervitutum conſequendarum cauſſa. Sic enim & per conſequentiam vindicat ſervitutes. Hactenus ergo utrumque convenit. Tantum hoc quæritur, quomodo poſſit vindicare, rectane, an per conſequentiam ipſum fructum vindicando. Hoc ille explicat in *d. L.* 1. in princip. & *d. L. pen. §.* 1. *ſi uſusfr. pet.* quod cum ad remiſſionis cauſſam non pertineret, prætermiſit in *d. L.* 1. *§.* 1. *de remiſſ.* Solum hoc videri poteſt contrarium, quod in *d. L.* 1. & *d. L. penult. §.* 1. ſimpliciter negat fructuarium vindicare poſſe ſervitutes prædii. Idem in *d. L.* 1. *§.* 1. *de remiſſ.* ſimpliciter ait poſſe vindicare. Sed nihil

2) Ita & Vaſq. *Li.* 1. *de Succeſſ. creat.* §. 7. *n.* 4. referente nec probante Io. del Caſtillo *de Uſuf.* C. 35. *n.* 10. qui eo C. varias variorum rationes expendit, nec ipſe tamen, ut videtur, feliciter ſe expedit dum *n.* 15. & *ſeq.* rationem in eo ponit, quod neuter perfecte ſit dominus, nec conſenſus fructuarii ius proprietatis integrum faciat, dum manet uſusfructus. Quæ ratio ſi vera, nec imponi poſſet ſervitus non nocitura fructuario. Quid quod nec ſocio in re communi plenum ius eſt. Conſentiente tamen ſocio ſervitutem conſtituere licet, vid. *L.* 11. C. 9. Sane Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. P.* 2. *n.* 74. hanc receptam ſententiam, (quæ & noſtri eſt) ex vulgari lectione ac expoſitione *d. L.* 15. §. *ult.* ſumme miratur, ut iuris rationibus & ſenſui communi adverſam. Nec abs re certe. Ideoque adiecta negatione legit, *imponere non poteſt*, ut ſenſus ſit, non conſentiente, ſed refragante fructuario, non poſſe dominum imponere. Sic congruere putat reſtrictionem, quæ in *L.* 16. *niſi deterior* &c. Tunc enim conſtitutio ſervitutis nec diſſenſu fructuarii impeditur. Et probat P. Buſius *ad d. L.* 15. §. *ult.* Sed præterquam quod leges corrigere non eſt difficultates componere, facile apparet non convenire huic ſenſui verba, *ne quidem* quæ aperte arguunt extenſionem, & reſiſtit *L.* 17 *pr. h. t.* ubi ſpeciale favore religionis, convincens regulam haberi contrariam. Quæ Lex & Connani 4. *Comm.* 3. *n.* 3. expoſitionem convellit, qui lectione non mutata ſic accipit *d.* § *ult.* Proprietarius poteſt ſervitutem imponere etſi fructuarius diſſenſerit. Sed hoc in *ſeq. L.* declarari, ut tum obtineat quando deterior conditio non ſit, ubi vocula *niſi* idem ſignificet quod *duntaxat*. Lud. Vital 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 2. rationem reddit, quia ſervitus ſervitutis conſtitui nequit. At hac ratione erit ſervitus uſusfructus ſi imponitur fundo, cuius uſusfructus eſt alterius. Obiic. At ſic nec ſervitus non nocitura imponi poterit, contra *d. L.* 15. Reſp. Vital. *n.* 4. Si non deterior conditio fructuarii redditur, proprietatem reſpicit ſervitus, nihilque ad uſumfructum pertinet, in quo nihil conſtitutum eſt, & tunc proprietas ſola eſt, quæ ſervitutem debet. Aliter Io. ſuperior *in L.* 2. *de ſerv. n.* 3. & aliter Sc. Gent. *de Bon. mat.* C. 16.

Digitized by Google

nihil vetat idem verbum alibi proprie & ſpecialiter accipi, alibi paulo generalius, non tam eo inſpecto, quod inſtituitur, quam effectu. Proprie [3] non vindicat ſervitutes prædii, qui vindicat uſumfructum; eum ſcilicet id ſpectamus, quod ſit primo & principaliter. Atqui id ſe ſentire Ulpianus declarat in *d. L. 1. & d. L. pen.* cum ſententiam ſuam poſtea ita interpretatur. At ſi effectum rei ſpectamus, ut hunc quoque numeremus in vindicatione, etiam tunc videtur ſervitutem prædii vindicare, cum vindicat uſumfructum: quia hac vindicatione etiam ſervitutes conſequitur.

XI. Opere facto prohibetur fructuarius uti frui, ſi quis puta ædificium poſuerit in fundo aut area, ſi foſſam fecerit; ſi aggerem duxerit; ſi immiſerit in eum fundum fimum aut rudera. Adverſus huius generis impedimenta eſt fructuario interdictum quod vi aut clam in id, quod eius intereſt opus factum non eſſe. *L. ſemper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Eſt etiam in eamdem rem vindicatio uſusfructus, id eſt, confeſſoria actio de uſufructu. *L. 1.* in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XII. Hæc de præſentibus impedimentis dicta ſunt. Eſt etiam, ut propoſui, eum ex cauſſa præſente metuatur futurum. Metuitur autem aut ab opere cœpto nondum perfecto, aut ab ædibus vicinis ruinoſis.

XIII. Opus cœptum nondum factum, ſi in prædio fructuario cœptum ſit, inhibetur operis novi nuntiatione, ne fiat. *L. 1. §. 1. D. de oper. nov. nunt.* Placet & fructuarium opus novum nuntiare poſſe. Hoc Ulpianus in *L. 1. §. 1. D. de remiſſ.* ſed cum [4] diſtinctione, quæ alibi ab eodem poſita eſt, & exſtat in *L. 1. §. ult. D. de oper. nov. nuntiat.* ut opus novum nuntiare non poſſit ſuo nomine; ſed procuratorio poſſit. Suo nomine non poteſt; quia operis novi nuntiatio ſine ſatiſdatione adverſarii, aut remiſſione nuntiationis inhibet opus aut in perpetuum, aut in longius tempus. Eſt autem abſurdum in aliquo loco inhiberi in longum tempus ab eo, quem conſtet in eo loco in tam longum tempus ius non habere.

XIV. Talis eſt autem fructuarius; qui cras mori poteſt. Ac tum ſtatim finitur uſusfructus. Quam ob cauſſam mirum non debet videri, ſi eum uſusfructus nomine, operis novi nuntiatio non ſit fructuario: tamen & aliarum ſervitutum cauſſa, quæ prædii ſunt, concedatur, ſi vicinus forte contra ſervitutem ædificet. *L. 3. §. penult. L. de pupillo, §. & belle, D. de oper. nov. nuntiat.* Uſusfructus enim ſæpe momentarius eſt: ſervitutes prædii ſunt perpetuæ. *L. foramen, D. de ſerv. urban. præd.* certæ prædii ſunt, ſeu prædio debentur. *L. ſi mihi*, in fin. *L. unus, D. de ſervit. ruſtic. præd.* Ipſum autem prædium perpetuum. Ius ipſum quoque domini in eo prædio perpetuum. Sed quod fructuarius ſuo nomine hic facere non poteſt: procuratorio poterit, ut tanquam mandatu domini opus novum nuntiet, & procedat nuntiatio. Nullum quidem hic mandatum domini de ea re apertum proponitur. Sed ſatis intelligitur ex eo, quod res data eſt fructuario fruendi cauſſa. Hoc enim ipſo commiſſa eſt ei cura & cuſtodia

Tom. III. G

3) Cuiac. 1. *Obſ.* 16. Hot. *Amic.* 16. Goveau. 2. *Var. Lect.* 27. Ciſner. *in Comm. ad L. 15. de Op. no. nunc. pag.* 13. *& ſeq.* Io Superior *ad L. ult. de Servit. n.* 4. Pac. 7. *Q.* 19. putant tantum referri ſententiam Iuliani in *d. L. un. §.* 4. quæ non obtinuerit; itaque antinomiam ſtrenue admittunt. Abſurdum enim eſt, inquit Cuiacius, ut cui non eſt fundi vindicatio, ei ſit iuris fundo debiti, & verba apud Iulianum interpretatur in notis ad Iulianum, ubi eum taxat Marcellus. Sed refellit Rob. 2. *Rec. lect.* 12. ex *d. L pen. §.* 1. ubi Iuliani ſententia proponitur. Quis vero admittet, quod P. Pithœ. *in not. tit. 2. collat. LL. Moſaic. in fin.* contendit verba illa *non ſervitutem d. §.* 1. quamvis a propoſita illic quæſtione aliena ſint (quod non ita eſt) ideo tamen adiecta ad Ulpianum, ne ſententiam Iuliani de ſervitute a fructuario vindicanda probaſſe arguatur. Coraſ. *ad L. ei* 16. *de ſerv.* Reſp. habere vindicationem ſervitutum non ſuo, ſed domini nomine, ſicuti & opus novum nunciat. Coſtal. *ad d. L.* 16. & Rob. *d. C.* 12. non dari fructuario directam ſervitutum ipſarum vindicationem *d. L. 1. pr. d. L. pen. §.* 1. dari utilem *d. L. un. §.* 4. per *L. 2. §. ult. Si ſerv.* & Arg. *L. 22. pr. de aq. pl. arc.* Sed ex *d. §. ult.* hæc diſtinctio omnino convellitur, cum manifeſte diſcrimen illic, ratione adiecta, inter actionem confeſſoriam & interdictum conſtituatur & ex *ad L. 2. §.* 1. Rectius itaque noſter, & convenit Arum. *ex Iuſt. 5. Th.* 23. M. Lyclama *L. 2. Membr. ecloga* 11. vindicari debere uſumfructum, cuius vindicationis vi ſimul ſervitus vindicata.

4) Ita & Io. del Caſtillo *de Uſuf. C.* 7. *n.* 20. Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 25. quia licet fructuario ius in re, tamen debile nec perpetuum, cum morte perimatur. Nec igitur cum Cuiacio & aliis ut *N. præced.* dicendum, referri in *d. §.* 4. Iuliani ſententiam, non probari, quod notat Rob. 2. *Rec. Lect.* 12. volens fructuarium, non directe, nec ut vere dominum nunciare, ſed utiliter, oblique & quaſi domini loco. Vaud. 1. *Q.* 53. *n.* 8. poſtquam uti vindicatione ſervitutis petit, patere aditum ad nunciationem. Marc. Lyclama *L. 3. Membr. eclog.* 10. ex formula vindicandi cognoſci quomodo nunciare novum opus poſſit fructuarius. Nam ſi ab extraneo uſumfructum vindicat negatoria actione, intendit ius ei non eſſe fruendi &c. Quare & ſecundum hoc nunciat opus novum extraneo, intendens ius ei non eſſe Ex. gr. altius ædificandi. Hoc quia facere nequit niſi ex perſona domini, ideo procuratorio nomine *d. L. 2. §. ult.* quod non repugnat *d. L. un. §.* 4. Sed ex ea infertur. Fit novi operis nunciatio in rem *L.* 10. *de op. no. nunc.* In rem ius non habet fructuarius, niſi procuratoris nomine. Vindicat uſumfructum ab extraneo tanquam dominus, arg. *L. 22. pr. de aq. pl. arc.* Ergo & nunciat tanquam dominus, ideoque nomine domini. Contra dominum autem ipſum nunciatio inutilis *L. 2. de op. no. nunc,* quia adverſus illum non poteſt agere negatoria ex. g: ius ei non eſſe altius tollendi, ſed debet petere uſumfructum actione confeſſoria. Contra vicinum poteſt procuratoris nomine. Non contra dominum, quia ageret ut dominus contra dominum, &c. Ita Lyclama, qui præſuppoſuit contra extraneum non dari actionem confeſſoriam, & ex formula intentionis confeſſorias & negatorias actiones æſtimare videtur, *de quo C. ſeq.*

dia diligens rei fructuariæ. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. uſuſf. quem. cau.* Non poteſt hæc cura & cuſtodia eſſe ad rem adverſus opus futurum tuendum, niſi liceat fructuario nuntiatione opus novum inhibere. Quare cuſtodiæ mandato etiam operis novi nuntiationis mandatum contineri intelligitur: ut ſemper re aliqua data, ſimul quoque ea conceſſa eſſe videntur, ſine quibus ea res explicari non poteſt. *L.* 2. *D. de iuriſdict.* Si quis opus inſtituat in ſuo, nulla eſt actio inhibendi operis, niſi per actionem aquæ pluviæ arcendæ; tum ſcilicet, cum manu facto opere metuitur, ne aqua pluvia nobis noceat. *L.* 1. *§. hæc autem*, *L.* 3. *§. pen. D. de aq. pluv. arc.* Sed placet fructarium aquæ pluviæ arcendæ agere non poſſe. *L.* 3. in fin. *D. de aq. pluv. arc.* credo, ne is, qui dominus non eſt, eum qui vere dominus eſt, in ſuo quid facere prohibeat.

XV. Adverſus periculum ruinoſarum ædium remedium eſt, ut quis ſtipuletur a domino ædium damni infecti. Placet fructuarium & ſuo nomine hoc remedio uti poſſe, ut damni infecti utiliter ſtipuletur. *L. qui bona*, *§. ſuperficiarum*, *D. de damn. infec.* Nec mirum hoc potius remedium, quam operis novi nuntiationis, aut aquæ pluviæ arcendæ illi concedi. Nihil enim hac cautione inhibet, quod noceat domino, & opus eius retardet: ſed tantum ſibi conſulit, & quidem in eum caſum, quo forte uſufructu adhuc manente ædes collapſæ aliquid damni ei dederint.

C A P. X I I.

De confeſſoria actione, uſusfructus perſequendi cauſſa.

Quid ſit actio confeſſoria, & quamobrem ita dicta. I.

Quatuor in hac actione præcipua rerum capita ſeu partes ſpectandæ; & quæ. II.

Cui competat; & cur ſoli habenti uſumfructum, & huic etiam poſſidenti ultro detur; domino non item. III.

Quos contra inſtitui debeat; unde æſtimetur: tria genera illorum, adverſus quos competit hæc actio. Quinam illi. V. VI.

Petitio hæc cuius rei gratia inſtituta, ſeu quot numero & qualia in huius actionis petitionem veniant. VII.

Sed immo tota petitionis huius ratio commodius ex Iudicis officio æſtimanda, & viciſſim. Quæ utriuſque cognitionis affinitas. VIII.

Iudicis officium quale. Quatenus ex illo abſolutio, ſive condemnatio conſequatur. IX.

Duo ſententiæ, quæ ineſt officio Iudicis, præcipua capita & quæ. X.

Tria iterum condemnationis munia, ſeu partes. XI.

1. *Ut reus, quandocumque poſſidet, reſtituat: alias a vi facienda abſtineat: in iudicem, & imperata contumax quantum eo nomine damnabitur, reddat.* XII.
2. *Ut æſtimationem eius, quod facto ſuo aberit fructuario, præſtet.* XIV.
3. *Item omnem cauſam, rei nempe uſumfructum, & fructus antea perceptos, & percipiendos non poſſidenti fructuario reſtituat.* XV. XIII.

Concluſio capitis, & methodi ratio. XVI.

I. EX his, quæ de impedimentis præſentibus ad impediendum uſumfructum comparatis ſupra diximus, apparet alia atque alia remedia prodita eſſe fructuario pro genere impedimenti. Unum commune eſſe omnium, ſi quis eo uti velit, confeſſoriam actionem de uſufructu. Argumentum *Tituli Digeſtorum ſi uſufr. pet.* de qua in commune, quod ad hunc locum ſatis ſit, breviter attingemus. Confeſſoria actio eſt in rem actio, prodita de ſervitutibus omnibus, & maxime de uſufructu, intendentibus nobis ſervitutem nobis competere, ſeu noſtram eſſe. *L.* 2. *D. ſi ſerv. vind.* Dicta confeſſoria, quod per hanc [1] confitemur, id eſt profitemur, & affirmamus, ſervitutem eſſe noſtram. Verbum additum diſcretionis explicandæ cauſſa, quam in hoc genere actionum intelligi volumus. Hæc enim actio in rem, non eſt ſola de ſervitutibus: ſed eſt etiam de iiſdem ſervitutibus actio negatoria, prodita domi-

1) Non quod detur adverſus confitentem, ut actio de damno dato *L.* 23. §. *ul. L.* 25. *in fin. ad L. Aq.* ſicuti interrogatoria, quæ contra reſpondentem ad interrogata. *L. ult. de interr. in iur. fac.* Sed quod confitenti, id eſt aſſerenti, intendenti ius ſibi competere, detur *L.* 2. *pr. L.* 4. §. 1. *Si ſer. vend. L.* 5. §. *ult. h. t.* ita Nicol. Ciſner. in *Comm. ad L.* 15. *de op. no. nun.* fere initio.

domino neganti ſe ſervitutem debere. *d. L. 2. ſi ſerv. vind.* Ut igitur actionem in rem de ſervitute nominantibus nobis, intelligeretur, utram diceremus, nomina cuique propria attributa ſunt, quibus hæc genera diſcernerentur, ut ex re prior diceretur confeſſoria, poſterior negatoria. Hac de cauſſa in actionibus in rem, quæ de rebus corporalibus competunt, non nominatur actio confeſſoria: non quod, qui rem corporalem vindicat, ſeu qui de re corporali in rem agit, non affirmet itidem rem ſuam eſſe, ut, qui de ſervitute agens affirmet ſervitutem eſſe ſuam; quod quidem præcipue fit in controverſiis rerum corporalium: *L. actionum, D. de obligat. & action.* ſed quia in actione in rem de rebus corporalibus verbo confeſſoriæ ad actionem demonſtrandam opus non fuit. Nulla eſt enim [2] in his actio negatoria. *§. æque,* in fin. *Inſtit. de action.* Unde fruſtra, quæ in his in rem actio eſt, diceretur confeſſoria diſcretionis cauſſa, ubi nulla actio eſt in rem, a qua diſcernatur, aut diſcerni debeat.

II. In hac actione, ut in cæteris in rem, quatuor hæc ſpectanda ſunt, quibus velut partibus conſtat hoc genus perſecutionis, Cui competat, Adverſus quem, Quid petat, & in eo Quodnam ſit ad id præſtandum, vel denegandum officium iudicis.

III. Confeſſoria de uſufructu competit ei, qui uſumfructum habet. Solus enim hic intendere poteſt, uti frui ius ſibi eſſe, ut eſt in *L. pen.* in pr. *D. ſi uſufr. pet.* Uſumfructum hic proprie dicimus, & eum, de quo hucuſque agimus; id eſt, uſumfructum a proprietate ſeparatum: uſumfructum ſervitutem. Dominus in re ſua uſumfructum habet; ſed non eum, quem proprie ita vocemus; non enim eum, qui per ſe conſiſtat a proprietate ſeparatus. Itaque proprie nihil habet niſi proprietatem, cuius pars eſt id ius utendi fruendi, quod in re ſua ſibi vindicat. Quapropter ſi res eius poſſideatur ab alio, quo impediatur uti frui, rem ipſam vindicabit, non uſumfructum. Si poſſidenti fiat uſusfructus controverſia, aget negatoria non uſumfructum vindicans, ſed ſe debere negans, aſſerendæ plenæ proprietatis cauſſa, *d. L. pen.* in pr. Quod dicimus eum hac actione uti, qui habet uſumfructum, eam ſignificationem habet, ut ſive quis nunquam uſumfructum habuerit, ſive habuerit, qui legitimo tempore aut aliter ſit amiſſus, huic hæc actio non competat. *L. 3. D. ſi uſufr. pet.*

IV. Proprium hoc huius actionis, ſive de uſufructu agatur, ſive de aliis ſervitutibus, ut non tantum ei competat, qui rem fructuariam, aut aliam ſervitutem non poſſidet, ſed etiam ultro poſſidenti detur. *d. L. penult. §. ult. D. ſi uſusfr. pet. L. etſi forte. §. 1. D. ſi ſervit. vind.* Aliter, atque in actionibus in rem de rebus corporalibus. Quo in genere nunquam actio in rem ultro poſſidenti datur. *L. 1. §. penult. D. uti poſſ.* In cauſſa eſt rerum ipſarum conditio. Nam res corporalis cum tenetur, poſſidetur ab aliquo, ita tenetur, ut quandiu id fit, ab alio teneri non poſſit. *L. 3. §. ex contrario. D. de acq. poſſ.* Ideo recte dicitur in *d. L. 1. §. penult. D. uti poſſ.* in his rebus non dari poſſidenti actionem, quia ſufficiat ei, quod poſſidet. At actione confeſſoria petitur uſusfructus, & reliquæ ſervitutes, id eſt, iura. Horum poſſeſſio natura nulla eſt: quaſi poſſeſſio eorum omnis in uſu conſiſtit. *L. 1. D. quan. di. uſ. leg. ced. L. viæ. D. de ſervit.* Porro hic uſus etiam ei, qui in poſſeſſione ſit, varie ab aliis uſurpari poteſt, & prohiberi is, cui ſervitus debetur, ne ſervitute utatur, ut ſupra oſtendi. Ut appareat in hoc genere non ſufficere ſervitutem poſſidenti, quod poſſidet. Hinc adverſus hoc impedimentum comparata actio etiam poſſidenti. Plura in hanc ſententiam ſcripſimus *ad §. æque. Inſt. de act.* unde ſi cui videtur, petere licebit.

V. Adverſus quos competat hæc actio de uſufructu, ex genere impedimenti æſtimandum eſt. Alias poſſidetur res ab alio, aut perinde habetur, quaſi poſſideretur. Alias poſſidenti fructuario vis fit, quominus utatur fruatur.

VI. Hinc tria genera eorum, adverſus quos hæc actio competit. Primum ſi quis rem fructuariam poſſidet: non tantum ſi ſit dominus, qui alioqui uſumfructum propria obligatione præſtare debuit: ſed etiam extraneus quivis poſſeſſor, cum quo nihil unquam rei fructuario fuerit, *d. L. pen. §. 1. ſi uſufr. pet.* Hoc ex natura actionum in rem, quæ ſemper adverſus poſ-

2) Rationem ſcite reddit Theoph. *in §. 2. I de act.* Rob. I. *Rec. Lect.* 18. *pag.* 111 Nam ſi illic intendens actionem negaret rem alterius eſſe, nullus ſequeretur effectus. Neque ideo magis actorem dominum declarari, eique rem adiudicari convenit, cum poſſit res neutrius eſſe, nec iſta negatione ullum ius neganti vel ex conſequentia aſſeratur. Aſt in ſervitute ex conſequentia negando nobis adſerimus ius libertatis *L. 4. §. pen. Si ſer.* vid. & Ciſner. *ad d. L.* 15. *pag.* 5. *& ſeqq.* Qui contendit, rem poſſeſſoris non eſſe magis de alieno, quam de ſuo experiri videtur. Facit *L. 16. de exc. rei iud. L. 11. de iureiur.* At in controverſia ſervitutum agitur de affectionibus prædiorum, & negans ſervitutem agit de iure libertatis, add. Ant. Fab. 20. *Coniect.* 13. *pag.* 129.

poſſeſſorem ſunt, quanvis nullo iure nobis ſit obligatus. *L. actionum, D. de obl. & act.* §. 1. *Inſtit. de act.* Alterum, ſi quis eſt, qui pro poſſeſſore rei fructuariæ habeatur. Quo in numero iure ſunt duo: qui dolo deſiit poſſidere, & qui agenti fructuario liti ſe obtulit, quaſi poſſideret. Indicantur hi leviter in hac actione in *L. ult. D. si uſufr. pet.* apertius in vindicatione ſeu actione in rem de rebus corporalibus in *L. qui petitorio*, in princ. *L. is qui ſe obtulit, D. de rei vind.* congruit regula iuris, *L. parem. L. qui dolo. D. de regul. iur.* Tertium genus, ſi quis cum nec poſſideret, nec pro poſſeſſore haberetur, ut ſuperiores, poſſidenti fructuario vim facit, quominus re fructuaria & eius iure libere utatur fruatur, ſive in re ipſa fruenti obſtet; ſive extra rem prohibeat eum uti ſervitutibus rei fructuariæ debitis, ut ſupra diximus. *L.* 1. in princ. *L. penult.* §. 1. *si uſufr. pet.*

VII. Petitio huius actionis propria eſt, adverſus eum quidem, qui rem poſſidet, ut res actori reſtituatur poſſidenda fruendi cauſſa. *L.* 3. *ſi uſuſf. pet.* adverſus eum autem, qui fructuarium poſſidentem uti prohibeat, ut deſinat vim facere, & fruendi facultatem liberam relinquat fructuario. *L. pen.* in fin. *D. eod.* Præter hæc adverſus utrumque, ut ſi quid damni ab eo datum eſt, ſi quid per eum abeſt fructuario, ut damnetur in id, quod fructuarii intereſt. *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.* Cauſſa omnis accedet, in qua erunt & fructus rei ab alio poſſeſſæ. Atque hæc, ſive petita ſit, ſive nominatim non ſit petita. Petitione enim rei omnia ea, quæ ex re eſſe poſſunt, ſimul in iudicium deducta intelliguntur. *L. penult.* §. *in his*, §. *ſi poſt D. ſi uſuſfr. pet. L. præterea, D. de rei vind.*

VIII. Sed hæc omnis petitio qualis eſſe debeat, intelligetur certius ex officio iudicis, ſi quale id ſit in hac actione, cognoverimus. Hæc enim mutuam operam præſtant in cognoſcenda natura actionis; petitio actionis; & officium iudicis. Quod recte petitur, id ipſum ſententia iudicis præſtari debet, nec in aliam rem eſſe debet condemnatio iudicis, unde ex petitione intelligitur officium iudicis. *L. ult.* §. 1. *C. de fideic. lib. L. ut fundus, D. com. divid.* Et vice verſa, ſi quid officio iudicis præſtandum eſſe dicitur, id ipſum intelligimus, eſſe, quod recte petere poſſimus, ſi quidem de eo aliqua ſit actio. Ut, in hac actione Ulpianus ait eſſe officium iudicis, ut ſecurus conſequatur fructuarius fruendi licentiam: proprietatis dominus, ne inquietetur. *d. L. pen.* in fin. *si uſuſfr. pet.* Atqui id ipſum eſt, quod hac actione petitur. Ideo ſub *Tit. si uſuſfr. pet. D.* de officio iudicis tantum legimus: nihil de actione & perſecutione huius actionis.

IX. Officium ergo iudicis in hac actione tale eſt. Actore fructuario 3) intentionem ſuam implente, ut plurimum reus condemnandus eſt. Eſt tamen interdum, cum abſolvi debeat. Alias ex perſona actoris, ſi poſt litem conteſtatam fuerit finitus uſusfructus, quo caſu de damnis tantum & fructibus præteriti temporis ſententiam ferri oportet. *L. pen.* §. *ſi poſt D. ſi uſuſfr. pet.* Alias ex perſona eius cum quo agitur, ſi is tanquam poſſeſſor conventus deſierit poſſidere ſine dolo: forte quia res ei evicta eſt iudicio ab alio. *L. ult. D. ſi uſuſfr. pet.* Quod & in actione in rem de rebus corporalibus ſervatur. *L. ſin autem*, §. 1. *D. de rei vind.* Quod ſi utrumque concurret tempore rei iudicandæ, ut actor uſumfructum adhuc habeat, & reus tanquam poſſeſſor conventus vel poſſideat, vel pro poſſeſſore habeatur: ſententia iudicis ſpectare debet ad condemnationem & præſtationem eius, quod petitur.

X. Hic ſententia duo ſumma continere debet in officio iudicis, pronuntiationem de iure petitoris, & condemnationem, quam quærimus. Primum hoc in officio iudicis, ut ſententia ſua declaret uſumfructum eſſe actoris, ut intendit: & generaliter in omni actione in rem ſive de ſervitutibus, ſive de rebus corporalibus, declarare ante omnia debet, rem eſſe actoris, quæ petitur. De ſervitutibus eſt in *L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur, D. ſi ſerv. vind.* de rebus corporalibus eſt in *L. & ex diverſo*, §. 1. *D. de rei vind.* Hanc declarationem ſequitur condemnatio horum iudiciorum propria.

XI. Ea tria fere capita continet: Unum de re fructuaria reſtituenda; alterum de eo quod abeſt fructuario opera adverſarii, dum ab eo uti frui prohibetur; tertium de fructibus, & omni cauſſa, quæ litem conteſtatam ſecuta eſt.

XII. De re reſtituenda hæ ſunt partes iudicis. Si reus poſſeſſor eſt, aut ſic accipitur, quaſi poſſideret, iubebit eum iudex rem reſtituere, & in ea uſumfructum. Si reus tantum poſſidenti vim facit, iubebit

3) Quæ probanda ſint confeſſoria experienti, & ad quæ condemnatio fiat. Io. del Caſtillo *de Uſufr. Cap.* 7. *n.* 5. 6. 7.

bit eum deſiſtere a vi facienda, & permittere actori liberam fruendi facultatem. *L.* 3. *L. pen.* in fin. *D. uſuſfr. pet.* Et hactenus in hac re verſatur imperium iudicis: quod in actionibus in rem dicitur iuſſus & arbitrium iudicis. *L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. arbitrio, D. de dolo*. Huic iuſſui ſi paret reus, evitat contumaciæ pœnam, quam nova condemnatio circa rem ipſam petitam exceptura erat. Si non paret; hæc eſt condemnatio, ut ſi quidem non paret dolo malo, quantum adverſarius in litem iuraverit, tanti damnetur: ſi non dolo, non plures damnetur, quam quanti res eſt. *L. qui reſtituere*, in fin. *D. de rei vind.*

XIII. Neque hæc tunc ſolum ſententia & condemnatio eſt adverſus poſſeſſorem, aut eum qui pro poſſeſſore habetur, cum ad tempus uſque rei iudicatæ conſtitit actori ſuus uſuſfructus: ſed & cum poſt litem conteſtatam facto poſſeſſoris tempore amiſſus eſt, dum propter adverſarii poſſeſſionem aut fruſtrationem non licet fructuario re frui. Quo caſu uſuſfructus reſtituendus eſt, & renovandus actori, ut cauſſa ei præſtetur, id eſt id, quod habiturus eſſet, ſi ſtatim tempore litis conteſtatæ reſtitutus eſſet uſuſfructus. *L. pen. §. pen. D. ſi uſuſfr. pet. L. ſi poſt. L. præterea, D. de rei vind.* Et quoniam ſi agetur cum eo, qui ſe liti obtulit, fieri poteſt, ut alio poſſidente & uſucapiente libertatem uſuſfructus res ab eo libera pignori data ſit: placet recte deſiderari a reo, ut non ſolum uſumfructum ita amiſſum renovet; ſed etiam caveat de evictione in eum caſum, ſi res, uti ſupra dixi, pignori data erit. *d. L. pen. §. pen. D. ſi uſuſfr. pet.* ſignificatur idem in *d. L. ſi poſt, de rei vind.*

XIV. Si quid facto adverſarii aberit fructuario, dum aliquo modo prohibetur uti frui: id iudex æſtimabit, & damnabit reum in eam ſummam; quam dicimus id eſſe, quod intereſt, *L.* 1. in fin. *D. de op. nov. nunt.*

XV. Sequetur cauſſa, in quam ſemper reum damnari oportet. *d. L. præterea, de rei vind.* Hac continentur præter uſumfructum tempore amiſſum, de quo ſupra dixi, fructus rei petitæ, ſive quos percepit reus, ſive quos percipere potuit: in quorum æſtimationem & ipſe hac actione damnabitur. *d. L. pen. §. in his, §. pen. D. ſi uſufr. pet. L. fructus, D. de rei vind.* Sed ita demum, inquit Ulpianus, ſi non ſit poſſeſſor, qui agit, ut poſſeſſori quoque hanc actionem competere ante diximus. Quod ſi poſſidebit, nihil fructuum nomine conſequetur. Merito: nam ſi percepit fructus, non debet petere, quos habet. Si non percepit, cum poſſet, ipſius culpa eſt: ac propterea iuxta regulam iuris factum ei ſuum, non adverſario nocere debet. *L. factum cuique, D. de reg. iur.*

XVI. Hæc brevis ſumma eſt actionis confeſſoriæ. Quæ quia accommodata eſt tota ad ius fructuarii, ideo viſum eſt eam hoc loco attingere, non differre longius; partim ut iuris fructuarii tuendi ratio nota eſſet, de qua hic agebatur; partim ne huius actionis tractatio longius remota a iure fructuarii, a quo pendet, aut minus perciperetur; aut eadem illic inculcanda eſſent de hoc iure: quæ iam ante eodem loco, certe coniunctim expoſita habemus. Idem & in Pandectis compoſitores earum ſecutos videmus. Etiam de ſervitutibus, eoque & de uſufructu actio negatoria prodita eſt: ſed domino neganti ſe uſumfructum debere. *d. L. pen. §. ult. D. si uſufr. pet. L.* 2. *si ſerv. vind.* Sed de iure domini & proprietarii paulo poſt. Nunc de fructuario agimus.

CAP.

C A P. XIII.

Onera fructuarii in re fructuaria, quæ. Inter cætera maxime, De refectione ædium fructuariarum: De ſartis tectis tuendis: De ſubſtituendis arboribus in locum demortuarum: De ſupplendo fructuario grege.

Tranſitio ad onera fructuarii. I.
Ordine & dignitate primum fructuaria cautio. Eius tractatio cur poſteriori loco reddita. II.
Onera fructuarii cætera aut in faciendo, *aut* in non faciendo *conſiſtunt*. III.
Prioris ordinis illa: ut ne proprietati noceat; neve utatur fruatur præter rei conditionem atque uſum fructuarius: quæve ex hoc poſteriori capite cavenda fructuario. IV. VI.
Proprietati duobus modis nocetur, & qui illi. Utriuſque nomine cautio præſtatur; & actio talis competit cuiusmodi eſt adverſus iſta peccatum. V.
In faciendo *proprie onera conſiſtere. Cuiuſmodi genera tria; & quæ*. VII.
Tuenda res accipitur fructuario: duæ tuitionis partes; & quæ. VIII.
Diligens fructuariæ rei cuſtodia: quatenus hæc fructuario neceſſaria; & quibus in rebus ipſa verſetur; & quot ex cauſis teneatur iſto nomine fructuarius. IX. X.
Item ſarciendæ & reparandæ rei cura hæc fructuarii propria, & quare. Quot & qualia reparationis onera. XI. XII. XIII.
Tria ex iis oneribus explicanda diligentius, & quæ iſta. XIV.
1. *Ædium refectio: Hæc qualis, ſeu quæ ſarta tecta habere debeat fructuarius; & quam & quatenus ex hac parte culpam præſtet*. XV. XVI.
2. *Subſtitutio arborum: facienda dumtaxat, in locum demortuarum & quare: non vero tempeſtatis aut alia externa vi deiectarum: ratio differentiæ*. XVII. XVIII.
3. *Gregis ſuppletio, ſeu ſummiſſio*. XIX.
Ad ſupplendi gregis onus præſtandum tria neceſſaria. XX.
Ut ſit non ovium ſingularum, licet maximo numero, & unica oratione, ſed alicuius univerſitatis, ſeu gregis legatus uſusfructus. XXI.
Ut demortuorum & inutilium Capitum loco ſubſtituatur dumtaxat. XXII.
Ut ſummittenda capita ſint ex eodem grege nata. XXIII.
Summiſſionis effectus qui. XXIV.
Contrariis occurritur. XXV. XXVI.
Prædiorum onera quæ præſtanda a fructuario; & quare. XXVII.
Cautio fructuaria, & ipſa fructuarii onus. Unde naſcatur. Aditus ad Caput ſeq. XXVIII.

I. ET hæc quidem in iure fructuarii commoda eius ſunt in re fructuaria: hæc illi remedia iuris ad ea commoda obtinenda. Sed non ſolis commodis conſtat ius fructuarii. Etiam his commodis onera ſunt adiuncta, quibus iure tenetur fructuarius, ut propoſuimus. Ea onera officia ſunt, quæ pro commodo proprietarii, & fructuarii fide in re aliena, fructuario imponuntur.

II. Ex quibus unum primum eſt, cuius præſtatio ſcilicet omnem uſusfructus acquiſitionem antecedit, ut niſi eo præſtito, uſusfructus quanvis alioqui iure conſtitutus, non procedat, & eius actio denegetur. Cætera acquiſitionem & traditionem uſusfructus ita ſequuntur, ut prout rei uſus poſtulaverit, ita quodque exhiberi debeat. Quod primum hic a fructuario exigitur, cautio eſt, qua is ne re accepta poſtea abutatur, neve impune negligat ea, quæ eum deinceps in eo ex fide præſtare oportet, ſatiſdat ei, ad quem ea res pertinet, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum, & finito uſufructu, quod inde exſtabit, reſtituturum. Ea cautio, ſi eius præſtationem ſpectamus, vere primum eſt officium ex his, quæ a fructuario uſusfructus nomine exiguntur. Eſt enim cautio eiuſmodi, quæ niſi, deſiderante proprietario, ante omnia præſtetur, iure uſusfructus denegetur actio. *L. ſi cuius*.

13.

13. *D. de uſufr.* Sin quærimus eius explicationem, cautio ea eſt, quæ niſi cæteris officiis fructuarii expoſitis, qualis ſit, quidve contineat, cognoſci non poſſit. Cavet enim compendio de his omnibus, quæ deinceps dicturi ſumus exigi a fructuario. Idcirco huius tractationem in id tempus, cum reliqua illa, quæ dixi, officia cognita ſuerint, conſulto reiecimus. Quæ vero ſequuntur onera, ea inducta ſunt ex conditione rei fructuariæ, hoc modo. Meminiſſe enim debemus rem eſſe alienam, quam fructuarius fruendam accipit. Sui quidem commodi cauſſa, nempe fruendi: attamen alienam, qua etiam uti debeat ſalva rerum ſubſtantia: quam eamdem, ne fruſtra ita aliena ſit, reſtituere aliquando debeat, pluribus modis conſtitutis, quibus finiatur uſusfructus. Hinc fidem & diligentiam ab eo exigi ut in re aliena, quæ ipſi ita commiſſa ſit, ut in ea verſetur, uti virum bonum decet. Præterea ſic reputare debemus, ex commodis pendere & rei incommoda. Hinc illa, ut dixi, fructuarii onera reliqua, id eſt ea, quæ fructuarium in re fructuaria præſtare oportet.

III. Hæc partim in eo ſunt, ne quid fructuarius faciat, quo facto tenetur: partim in eo, ut faciat, quo contra non facto teneri incipit.

IV. In non faciendo hæc. Primum quidem, quod commune eſt omnibus ad alienam rem accedentibus, ne quid faciat in re fructuaria, quo noceat proprietario. Tum autem pro eo atque fructuarii proprium eſt, ne præter naturam uſusfructus utatur fruatur.

V. Nocet proprietario aut rem deteriorem faciendo, aut eam ſurripiendo. Utrumque in re fructuaria cavere debet: & utriuſque nomine tenetur iure omnium communi, qui eadem in re aliena admiſerunt, puta ob damnum datum, lege Aquilia; propter opus, quo nocitum eſſe dicetur, interdicto quod vi aut clam; ob ſervum corruptum, actione de ſervo corrupto; ob ſervum torquendo deteriorem factum, iniuriarum; ob ſurtum, furti. *L. ſi cuius*, 13. §. *de præteritis*, *L. cum uſufructuario*, 66. *D. de uſufr.* Sane ſi res a fructuario deterior facta ſit, dum ea recte utitur ad eum uſum, ad quem parata eſt, caret culpa, nec eo nomine tenebitur: veluti, ſi veſtimentorum uſufructu legato ea utendo attriverit. *L. ſi uſusfructus*, §. *pen. D. uſufr. quem cav.* Si navis relicto uſufructu, navem navigatum miſerit, & forte amiſſa ſit naufragio. *L. arboribus*, 12. §. *navis*, *D. de uſuf.*

VI. Ex natura uſusfructus hæc ſunt duo: ut ſecundum conditionem rei ea quoque utatur fruatur; tum ut utatur fruatur ſalva rei ſubſtantia. Hinc duo illi ut fructuario cavenda, ne ſaciat: unum, ne præter conditionem rei ea utatur. *L. ſed ſi quid*, 15. §. 1. *D. de uſufr.* De quo diximus in modo utendi fruendi ſupra *huius Libri Cap.* 7. Alterum, ne rem fructuariam mutet, aut transformet, quanvis repoſiturus ſit melius. *L.* 8. *D. de uſufr.* de quo ſupra diximus *eiuſdem Libri Cap.* 10. Adverſus quæ ſi facit, quatenus teneatur, dicetur *infra Cap.* 15.

VII. Sed hæc leviora: atque adeo, ſi proprie loqui volumus, ne onera quidem ſunt, aut incommoda fructuario. Nam cum ſit in eius poteſtate ſine damno ſuo priora cavere, adverſus poſteriora non facere: velit tantum utrumque, ac nihil hic futurum eſt, quod eum oneret. Illa ſunt vere onera, ſi quæ ſunt eiuſmodi, ut fructuarius facere debeat etiam invitus & maxime ſi cum ſumptu. At huiuſmodi quoque onera fructuarii quædam ſunt, & complura. Eorum genera ſunt tria: rem tueri; onera prædiorum ſuſtinere; finito uſufructu reſtituere quod inde exſtabit.

VIII. In primis rem tueri, ut ſignificatur in *L. uſufructuarius*, 44. *de uſufr.* Eſt autem tueri, rem quam acceperis, integram præſtare, quantum cura & reparatione licet conſequi. Quod partes facti indicabunt. Habet autem hæc tuitio duas partes, quarum utramque præſtare debet fructuarius; curam & diligentiam rebus integris aſſervandis; tum curam alteram in iis, quæ vitii aliquid iam contraxerunt, reparandis & ſuæ integritati reſtituendis.

IX. Principio fructuarius [1] curam & diligentiam rei fructuariæ ſervandæ adhibere debet, & eam, non qualem adhibere ſolet ſuis rebus, ſi forte ſit minus diligens paterfamilias: ſed quantam diligens paterfamilias ſolet ſuis adhibere. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. uſufr. quem cav. L. ſed cum fructuarius.* 65. *D. de uſufr.* Quod eam vim habet, ut niſi adhibuerit, quidquid inde detrimenti erit, eo nomine teneatur. Unde igitur hæc obligatio fructuarii inter eos, inter quos de ea re nihil aperte convenit? Ex regula naturæ recepta in contractibus & negotiis geſtis inter aliquos. Nam quoties inter aliquos

quid

1 ¶ De cuſtodia & diligentia a fructuario præſtanda Io. del Caſtillo *Quotid. Contr. de Uſuf.* C. 20. ubi & tractat an fructuarius ſit Procurator in rem ſuam, quod affirmat Gomez. 2. *Reſol.* 15. *n.* 6. & 7.

quid geritur, ex quo unus alii rem certam præſtare debet, ſi in eo negotio verſatur [a] utriuſque utilitas, dantis & accipientis, ſeu debitoris & creditoris: toties qui rem debet, ſi Societatem exceperis, ab eo exigitur in re aſſervanda omnis diligentia, ut quocumque modo res perierit, vel deterior facta ſit, dum ne caſu ſortuito, detrimentum ſit eius. *L. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. commod.* Tale autem negotium geritur inter fructuarium & proprietarium. Nam fructuarius ſic rem accipit, ut quandoque finito uſufructu reſtituere eam debeat. In eo negotio ut verſatur utilitas proprietarii, cui res reſtituenda eſt: ita maxime fructuarii, qui rem accipit fructus percipiendi cauſſa. Proinde ex ſuperiore æquitate eſt: ut in ea re aſſervanda & fidem bonam, & diligentiam omnem præſtet. Verſatur hæc cura in commodis avertendis, ſeu in eo, ut det operam, ne quid accidat, quo res pereat, aut fiat deterior. Quorum alterum ſi eveniet, cum humana proviſione caveri poſſet, fructuarius damnum præſtabit.

X. Huiuſmodi damna & incommoda hæc ſunt, quæ ob Id & ad fructuarii onus pertinenr, furta externa; damna a domeſticis fructuarii illata; ſervitutum prædio fructuario debitarum amiſſio; rei fructuariæ uſucapio; animalium interitus debilitatiove, quæ neglecto eorum victu, aut valetudinis curatione contigerint. Furto ſi quid ex rebus fructuariis ſublatum ſit etiam ab extraneis, tenetur fructuarius; non quia furtum fecerit, quod conſtat; ſed quia cura & vigilantia providere potuit, ne res paterent furibus. Qua de cauſſa placet a quo huiuſmodi cuſtodia exigitur, ad eum etiam furti detrimentum pertinere. *L. cum duobus*, §. *damna*, *D. pro ſoc.* Damna a domeſticis, ac non a ſe tantum illata præſtat fructuarius. *d. L. ſed cum*, 65. *D. de uſufr.* nempe propter eamdem curam & diligentiam, quam ab eo exigimus. Providere enim potuit, ne a domeſticis inferrentur. Potuit eos noſſe: & quoniam in eos imperium habet, potuit continere in officio. Potuit denique non adhibere ad res fructuarias, quo fieret, ne res ab iis corrumperentur. Damna cæteris illata ad fructuarium non pertinent, quia nulla cura aut diligentia conſequi poſſumus, ne damnum nobis iniuria detur ab eo, quem prohibere non poſſumus. *L. ad eos*, *D. commod. L. ſed de damno*, *D. loc. L. nullum*, *D. de reg. iur.* Servitus prædio fructuario debita ſi non utendo amiſſa ſit, tenetur hoc quoque nomine fructuarius. *L. ſed si quid*, 15. §. *ult. D. de uſufr.* eadem de cauſſa, quia potuit fructuarius ſervitute uti, eamque vindicare, ut ante diximus: quamobrem curare debuit, ut uteretur. Ni facit, negligentiæ eius damnum eſt, quod ipſe præſtabit. Res fructuaria ſi ab alio uſucapta ſit: placet hic quoque rei æſtimationem a fructuario deberi, ſi cum poſſet uſucapionem interpellare, neglexit. Propter eamdem cauſſam, quia omnem curam rei ſervandæ debuit. *L.* 1. in fin. & *L. ſeq. D. uſufr. quem. cau.* Potuit autem ſine culpa uſucapionem non interpellare, puta, ſi ignoravit rem ullam fructuariam ab alio poſſideri; aut ſcivit quidem aliquam poſſideri, ſed a quo poſſideretur, ignoravit: aut ſi cum utrumque ſciret, non fuit poſſeſſoris copia, aut non fuit poteſtas interpellandi. Eadem cura vitam animalium, ut ſervorum & pecorum tueri debet fructuarius, quod fit rebus ad eam tuitionem neceſſariis. Hæ ſunt in ſervis, eos alere, & veſtire idonee ſecundum ordinem & dignitatem mancipiorum. Quæ ideo a fructuario exiguntur, & quidem ita, ut ea præſtet ſuo ſumptu: ut conſequens ſit, niſi faciat, quidquid ex eo detrimenti erit, id eum præſtare debere. *L. ſed ſi quid*, 15. §. *ſufficienter*, *L. ſicut*, 45. *D. de uſufr.* Eadem cura in pecoribus aliiſque animalibus paſcendis intelligenda eſt, & ex neglectu eadem damni præſtatio.

XI. Altera pars tuitionis poſita eſt in iis, quæ a priore integritate diſceſſerunt, ſarciendis, reparandiſque. Pars ſuperiore gravior, quod præter curam fructuarii etiam ſumptum eius deſiderat. Exempli cauſſa: ſi quid in ædibus fructuariis reficiendum eſt, placet fructuarium ſarta tecta debere præſtare ſuo ſumptu. *L. eum ad quem C. de uſufr.* quod & in cæteris cauſſis huius generis ſervatur, de quibus paulo poſt, ſi prius monuero de genere obligationis.

XII. Sciendum eſt enim proprium eſſe fructuarii: ad cæteros contractus non pertinere. Nam commodatarius, a quo plurimum in re commodata exigitur, quia ſolius eius utilitas in eo verſatur, diligentiam quidem ſummam præſtare debet rei cuſtodiendæ; *L. ſi ut certo*, §. *commodatum*, *D. commod.* cibariorum etiam impenſas placet naturali ratione ad eum pertine-

[a]) Immo Uſusfructus ſolius fructuarii cauſſa conſtituitur, ideoque eum de leviſſima quoque culpa teneri vult poſt alios Caſtil. *d. C.* 20. *n.* 17. *per L.* 13. §. 2. verſ. *denique h. t.* iunct. *L.* 44. *ad L. Aq.*

tinere: *L. in rebus*, *§. poſſunt*, *D. eod.* At impenſas, quas facit in re reſtauranda, puta in ſervo ægroto curando, a domino recipit. *Ibidem*. Quod nunc in fructuario contra eſſe dicimus. Unde igitur rurſum nova hæc obligatio fructuarii? Ex alia naturæ regula in ius recepta, qua æquum putatur, ut ad quem pertinent commoda rei, is etiam agnoſcere debeat onus rei adiunctum. Et quidem ita eſt regula iuris, *Secundum naturam eſſe, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda*, L. ſecundum, *D. de reg. iur.* Sed & hoc in contrarium valet, ut incommoda cuiuſque rei eum ſequi debeant, quem ſequuntur commoda. Quod indicatur in *L. unica*, *§. pro ſecundo*, *C. de cad. tol.* Conſtat commoda fructuarii eſſe, quæcumque ex re ab eo percipiuntur. Sint igitur fructuarii & incommoda, quæ ſunt in rebus collapſis reſtituendis & reparandis. Habetque id naturalem & manifeſtam rationem in definitione fructuum & commodorum poſitam. Fructus enim tantum fructuario tribuitur, & in fructibus rei commoda. Non intelligitur autem fructus, ubi nec commodum, niſi quod deductis incommodis ad fructum capiendum neceſſariis ſupereſt. *L. fructus*. 7. in princ. *D. ſol. matr.* ut nec damnum, niſi id quod ſupereſt deducto *damno*. *L. Mucius*, *D. pro. ſoc.* Et vero de eo, quod ad tutelam ædificiorum, ægrumque ſervum curandum impenſum eſt, cur id maritus impendere debeat, & impenſam non poſſit repetere, ad iſtam plane ſententiam ſcribit Ulpianus in *d. L. fructus*. *§. ult.* D. ſol. mat. *hæ impenſæ non repetentur*, inquit *cum maritus fructum totum anni retinet*; *quia ex fructibus prius impenſis ſatisfaciendum eſt*.

XIII. Huius reparationis, & reſtitutionis onera hæc ſunt: in ædibus reficere ædes, & ſarta tecta præſtare ſuo ſumptu. *L.* 7. §. 1. & ult. *L. cum fructuarius*. 64. & *L. ſeq.* *D. de uſufr.* *d. L. eum ad quem*, *C. eod.* Quod & in ſimilibus rebus omnibus fructuariis, quæ refectionem admittunt, probandum eſt. In fundo hæc: agrum proſcindere, vites ſubſerere, aquæductus & foſſas purgare ſuo tempore: *L. ſi cuius*. 13. *§. de præteritis*, in fin. *D. de uſufr.* fundi ſeminarium renovare, cum uſus fuerit: *L. item ſi* 9. *§. ſeminarii*, *D. eod.* in locum demortuarum arborum alias ſubſtituere. *L. agri*. 18. *D. eod.* In animalibus, ægrota curare, & ſanitati reſtituere, quantum poteſt; hoc enim exigitur a commodatario. *L. in rebus*, *§. poſſunt*, *D. commod.* multo magis a fructuario, a quo plus exigi oſtendimus. Et quidem exigitur hoc amplius, ut curet ſuo ſumptu; eiuſque rei impendia non minus, quam cibariorum ad fructuarium natura reſpicere ſcriptum eſt in *d. L. ſicut*. 45. *D. de uſufr.* In grege, gregem ſupplere. *L. vetus*. 68. in fin. *D. eod.* Quæ omnia eum ad onus fructuarii pertinere placeat: animadvertendum eſt ea unam hanc iſtius oneris & neceſſitatis cauſſam habere, quod his rebus rem tuemur & conſervamus, dum fit hoc modo, ut res quantum poteſt in ſuum ſtatum reſtituta in eo perduret, maneatque talis, qualis accepta eſt, quantum, inquam, reſtitutione & reparatione per rei conditionem conſequi poſſumus: Neque enim vetera & attrita poſſunt reparatione nova fieri.

XIV. Ex his tria paulo maiorem & certiorem explicationem deſiderant, quæ ideo ſeorſim attingemus; refectio ædium, & quæ diximus ſarta tecta; ſubſtitutio arborum in locum demortuarum; & ſuppletio gregis.

XV. In refectione ædium, & ſartis tectis habendis quæritur, an omnis reſtitutio vitioſarum & collapſarum ædium ad onus fructuarii pertineat. Nam de ea re parum expedita ſunt ea, quæ de hac ſpecie legimus in *d. L.* 7. *§.* 1. *D. de uſufr.* Illic enim ad extremum definit Ulpianus modicam [3] refectionem ad fructuarium pertinere. Merito quæritur, quæ ſit iſta modica refectio, & quem iſtius modici definiamus modum. Idem prius dixerat hactenus fructuarium reficere cogi, *ut ſarta tecta habeat*. Quid eſt ſarta tecta habere, ſeu, ut eſt alibi, præſtare? De eo, ſic, puto, recte conſtituemus. Ibidem ſcribit Ulpianus, quæ vetuſtate corruiſſent, neutiquam fructuarium cogi reficere. Ergo nec ſi quid corruat vitio operis, cui vitio occurri diligentia fructuarii non poteſt, hoc enim eiuſdem rationis eſt. Sed nec ſi quid deiectum ſit vi tempeſtatis, id reſtituere debebit, non magis quam ſubſtituere arbores vi tempeſtatis everſas. *L. arbores*. 59. *D. de uſuf.* His exceptis relinquitur, opinor, ut earum rerum ſolum refectio ad fructuarii onus pertineat, quæ res temporis attritu, vel ſpon-

3) Tenetur ad ſumptus modicos qui concernunt utilitatem præſentem ac temporariam & perceptionem fructuum, non ad magnos, qui perpetuam utilitatem rei, Gomez. 2. *Reſol.* 15. n. 7. Caſtillo *de Uſufr.* C. 23. n. 12. Cuius rei uberior explicatio peti poteſt ex eodem C. 56. *& ſeq.*

te & natura ſua vitii aliquid contraxerint, veluti ſi quid in parietibus carie aut ſitu corruptum concidat; ſi integumenta ædium imbribus aut ſole corrupta perfluant; ſi animalia in morbum incidant: Atque in his ſunt ea, quæ in ædibus noſtri vocant 4 *ſarta tecta. d. L. 7. §. 1. de uſufr.* Eademque eſt, quæ *ibidem* dicitur ab Ulpiano *modica refectio*, eadem, quæ ab eodem alibi dicitur conferri ad tutelam ædificiorum, & novæ rei ædificationi, aut veteris totius collapſæ reſtaurationi opponitur, in *L. fructus. 7. §. ult. D. ſol. mat.*

XVI. Sed quibuſcumque caſibus uſufructuario refectionis onus incumbit, hactenus incumbere placet, ut ſi paratus ſit uſumfructum derelinquere; non ſit cogendus domum reficere. Uſque adeo, ut & convento eo de refectione, & poſt acceptum adverſus eum de ea re judicium, ſi paratus ſit derelinquere uſumfructum; placet eum abſolvi debere a iudice. *L. cum fructuarius, 64. L. ſi abſente, 48. D. de uſufr.* Nec abs re. Habet enim refectio futurum commodum, quod ex re refecta percipiatur. Ut non eſt cogendus quiſquam id commodum capere, ne invito beneficium detur contra regulam iuris. *L. invito, D. de reg. iur.* ſic nec facere id, unde id commodum ſequatur; ſed tum maxime, cum fructuarius toti rei fructuariæ paratus eſt cedere. Hæc ita ſunt, dum ne fructuarii aut domeſticorum eius facto quid deterius factum ſit, quod indigeret refectione. Hanc enim culpam ipſe præſtat, ut ante diximus. *L. ſed cum fructuarius, 65. D. de uſufr.* Eam obligationem ſemel contractam tollere non poteſt facto ſuo, niſi ſolutione. *L. ſi ſervum, §. nunc videamus, D. de verb. obligat. Inſtit. quib. mod. tol. oblig.* in pr. Proinde nec ſi hoc caſu paratus ſit derelinquere uſumfructum, liberabitur ea obligatione. *d. L. ſed cum. 65. de uſufr.*

XVII. De ſubſtitutione arborum, diximus fructuarium in locum demortuarum alias ſubſtituere debere. Quid hoc ad tuitionem fundi pertinet, ut propter tuitionem id exigi debeat a fructuario iuxta regulam traditam in *d. L. uſufructuarius, 44. D. de uſufr.?* Movet, quod fundus etiam ſine his arboribus æque conſiſtere potuit, & ſine his integer fundus eſſe. Diximus autem tueri nihil aliud eſſe, quam rem, quæ eſt, integram præſtare. Sed addendum eſt integram præſtare, qualis accepta eſt. Debet enim fructuarius tueri, quod accepit, ut eſt in *d. L. uſufructuarius, 44. D. de uſufr.* Non eſt autem fundus integer, uti acceptus eſt, qui cum arboribus acceptus, poſtea eas arbores habere deſiit: Arbores enim quandiu radicibus hærent fundo, pars ſunt fundi multo magis, quam fructus pendentes; qui tamen & ipſi pars fundi eſſe dicuntur. *L. fructus pendentes, D. de rei vind. arg. in L. arbor. D. com. divid.* Non eſt autem integrum id, cui pars aliqua ex priore ſtatu abeſt. Ipſum quidem ſolum fundi ſine arboribus & ante eſſe potuit, & nunc poteſt. Sed non ſpectamus fundum, ut ſolum: ſed ut ſolum frugiferum, conſtans iis rebus, quæ ad fructum ferendum valent. Quæ ſi ita ſunt, aperte ad tuitionem fundi qualis acceptus eſt, pertinet, ſi quid ex arboribus fundi deceſſit, id reſtituere ut integro & priſtino ſtatu fundus eſſe incipiat. Quod fit in locum priorum alias ſubſtituendo.

XVIII. Sed cur dicimus in locum demortuarum arborum; ac non generaliter dicimus in locum amiſſarum arborum? Ut intelligamus arbores vi tempeſtatis, aut aliqua alia externa everſas ab eo ſubſtitui non debere, ut eſt in *L. arbores, 59.* in princ. *D. de uſufr.* Atqui ſi vis tempeſtatis eſt caſus fortuitus, ut eſt, *L. ſi merces, §. vis maior, D. loc.* non minus ſunt in hoc numero & mortes animalium, earumque rerum omnium, quæ prius vita conſtabant. *L. ſi ut certo, §. quod vero, L. in rebus,* in pr. *D. commod.* Cur ergo hic mortes arborum præſtat fructuarius: ac non æque vim tempeſtatis? denique cum ſint utraque caſus fortuiti; cur non aperte dicimus horum detrimentum pariter ad fructuarium non pertinere? Sic enim ius eſt de caſibus fortuitis, ut hi a nullo præſtentur.. *L. contractus,* in fin. *D. de reg. iur. L. quæ fortuitis, C. de pignor. act.* Et ſciendum eſt hæc non ut damna ſimpliciter præſtari; alioqui ex ſuperiore regula ne præſtarentur quidem: ſed ut incommoda rei ad fructuarium pertinere. Incommoda vero ſi rei ſunt, omnia ad onus fructuarii pertinent, ut ante diximus, etiam ſi maxime ſine culpa eius caſu fortuito contigerint. Sed incommoda

da

4) Sarta tecta *d. L. 7. §. 2. D. L. 7. C. h. t. L. 7. de effic. pro conſ. L. 7. §. 2. ad L. Iul. repet.* Cic. *in Verrina* 1. quæ incorrupta ſervantur, vid. Hotom. *ad L. 7. C. h. t.* Ræward. *ad L. 61. de R. I.* ſalvam igitur ſubſtantiam ædium præſtare debet. Quod ſi ultra quam impendi debeat, aliquid erogaverit, repetet ſi neceſſariæ vel utiles impenſæ, non ſi voluptuariæ, Hotom. *ibid.* de qua repetitione plenius Caſtillo *d. C. 57.*

da rei eſſe prius oportet. Hinc ſuperiorum caſuum diſtinctio, & præſtatio diſſimilis. Quod vi tempeſtatis contingit, vi externa contingit: eoque incommodum eſt externum, non rei, aut a re profectum incommodum. Mortuis autem arboribus, incommodum & hoc item eſt: ſed internum & ipſius rei; fundo quodammodo in ea parte moriente, vel ſuccum & vitam arboribus ſubtrahente.

XIX. De ſuppletione gregis ſic plena definitio eſt in *d. L. vetus*, 68. in fin. & *LL.* 2. *ſeqq. D. de uſuf.* Gregis, vel armenti, vel equitii, & generaliter univerſitatis pecorum uſufructu conſtituto, fructuarius ex agnatis gregem [5] ſupplere debet: id eſt, in locum demortuorum vel inutilium capitum alia ſummittere ex agnatis: ſummiſſionis hoc effectu, ut ſummiſſa fiant proprietarii: demortua & inutilia fructuarii eſſe incipiant. Oſtendit breviter hæc definitio, & quid hæc ſuppletio deſideret, & quis eius ſit effectus: quæ paucis explicanda ſunt.

XX. Animadvertendum eſt igitur ex hac definitione, ut pecorum plurium uſufructu ſemel conſtituto, locus ſit iſti ſuppletioni, tria deſiderari.

XXI. Primum, ut ſit gregis & univerſitatis nomine collectivo uſusfructus relictus. Si ſingulorum pecorum uſusfructus relictus erit, quanvis numero plurali, & una oratione; fructuarius in locum demortuorum vel inutilium ſubſtituere nihil debebit. *L. quid ergo*, 70. verſ. *ſed quod dicitur*, *D. de uſufr.* Ut puta; legavit teſtator Titio ex ſuis gregibus, ſeu ex ovibus, quas habet, uſumfructum centum, aut mille ovium. Quicumque caſus erit ſingulorum capitum, fructuarius [6] nihil ſupplebit: tametſi in mille ovibus multo plus ſit, quam in toto grege teſtatoris. Cur hæc tam varie in re, ut videtur, pari? Quia meminiſſe oportet non exigi a fructuario in rebus fructuariis, ut novum quid faciat, ſed ut tueatur, quod accepit. *d. L. uſufructuarius*, 44. in fin. *de uſufr.* Hanc tuitionem oves ſingulæ demortuæ non admittunt: grex, quanvis ovibus quibuſdam demortuis, admittit. Nam, ut iam dixi, tueri eſt rem, quæ eſt, conſervare, facere ut priſtinum ſtatum obtineat: quod quidem in ſingulis ovibus demortuis præſtari non poteſt. Hæ enim eſſe deſierunt. Novas in earum locum ſubſtituere poſſumus: ipſas, quæ fuerunt ſervare aut reſtituere in ſuum ſtatum non poſſumus. Gregis diverſa cauſſa eſt. Quibuſdam enim capitibus in grege demortuis, nihilominus idem grex manet, qui prius fuerat, etſi numero ovium imminutus. *L. ſi grege*, 22. *D. de leg.* 1. §. *ſi grex*, *Inſt. de leg.* dum ne redierit grex ad eum numerum, ut iam grex eſſe non poſſet. *L. ult. D. quib. mod. uſufr. am.* id eſt, ad pauciores, quam decem oves: qui iuſtus numerus putatur eſſe gregis. *L.* 3. *D. de abig.* Quo fit, ut ex his capitibus demortuis eumdem gregem tueri liceat. Quod ſi licet, reſtat, ut fructuarius id præſtet. Quod fiet, ſi reſtituetur grex in priſtinum ſtatum & numerum. Id autem conſequetur ſubſtitutione aliorum corporum, & ſuppletione gregis. Nec dubium eſt aliis in priorum locum ſubſtitutis eumdem gregem videri, qui prius fuerat. *d. L. ſi grege*, 22. *de leg.* 1.

XXII. Secundum deſiderat hæc ſuppletio, ut quæ capita ex grege perierunt, aut demortua ſint, aut inutilia facta, vel ſenio, vel vitio aliquo corporis contracto. Hoc eo pertinet, ut ſi ex grege capita aliqua perierint vi externa, puta, incendio, aut ruina ſtabuli, in quo erant, aut quia pecora ſint capta a prædonibus vel hoſtibus, ſciamus fructuarium hos caſus præſtare non debere, nec debere in locum amiſſorum alia ſubſtituere. Nam & id de arboribus vi externa tempeſtatis everſis placere ante diximus. *d. L. arbores*, in princ. *D. de uſuf.* Cum ſint hæc omnia in caſibus fortuitis, ſi quæratur differentiæ ratio, ea utemur, quam paulo ante in ſubſtitutione arborum reddidimus.

XXIII. Tertium exigit hæc ſuppletio, ut ſint alia capita agnata, id eſt, nata ex eodem grege, ex quibus fructuarius gregem ſuppleat. Proinde ſi ex grege nondum ulla nata ſint poſt priora demortua, aut abortierint oves, aut fœtus priuſquam ſummitti a fructuario poſſent, perierint, nihil fructuarius [7] ſupplere debebit. Cur ergo de ſuo ſupplere non cogitur? quia quidquid eſt incommodorum rei, ita recte exigitur a fructuario, dum præſtet ex fructu. Non eſt enim, ut ante diximus, fructus, niſi qui deductis impenſis ſupereſt. *d. L. fructus*. 7. *D. ſol. matrimon.* Non ſunt commoda & lucrum, niſi quæ ſuperſunt deductis incommodis & damno.

Tom. III. H 2 *L. Mu-*

5) Qua de re Caſtillo *d. Tr. de Uſufr. C.* 27. ubi n. 8. gregis proprium eſſe non quaſi uſumfructum.

6) Ratio quia in his quæ numero certa & deſignata, non eſt argumento locus, ut poſt Connan. 4. *Comm.* 2. *n.* 5. Caſtillo *d. Cap.* 27. *n.* 14. addens *n.* 15. aliam rationem, quia tot ſunt tunc uſusfructus quot capita, idcirco unius ovis morte ille uſusfructus perit.

7) Quæ ſententia communis, ſi animalia perempta vel inutilia effecta citra culpam fructuarii. Caſtillo *d. C.* 27. *n.* 11. *& ſeq.* ut ſi forte lues gregem corripuerit.

L. Mucius, D. pro ſoc. Ita fit, ut qui propter fructum tenetur, is ultra fructum onerari invitus non debeat. Alioqui non ſit uſusfructus, quem habet, ſed onus, res inter ſe plane contrariæ. Ideo Ulpianus in *L. fructus. 7. § ult. D. ſolut. matrimon.* ait impenſis, id eſt, incommodis ad fructum percipiendum neceſſariis, ex fructibus ſatisfaciendum eſſe. Neque hoc aliter exigimus in refectione ædium, aut ſubſtitutione aliarum arborum. Reficere ædes debet fructuarius ſuo ſumptu: ſed quia tantumdem, aut amplius percipit ex earum ædium uſu. De quo commodo, ut vere commodum ſit & lucrum, non mirum, ſi deducimus refectionis ſumptum. Sic & arbores cum dicimus ſubſtitui debere in locum aliarum demortuarum, intelligimus ſubſtitui debere ex ſeminario aut ex aliis, quæ ſunt alibi in fundo, aut certe ex ſatione fructus, quæ ſine incommodo fructuarii contingere poteſt.

XXIV. Cum ſuperiora tria concurrent, tunc locus erit iſti ſuppletioni, quam a fructuario exigi diximus. In qua ineſt, ut fructuarius in locum demortuorum vel inutilium capitum gregis alia ſummittat. Summiſſionis effectus hic eſt. Prius enim, quam fiat hæc ſummiſſio; quæ in grege capita inutilia ſunt, ea ſunt proprietarii, ut ante. Et ex demortuis ſi quid ſupereſt, puta lana, aut corium, eſt item proprietarii, ut prius ipſæ oves, unde hæc ſuperſunt. Quod enim ex re mea ſupereſt, meum eſt. *L. ſolum. §. 1. D. de rei vind.* fœtus autem agnati interim ſunt fructuarii. Sunt enim in fructu. *L. in pecudum, D. de uſur.* Suppletione & ſummiſſione ſuperiore ſecuta, hæc omnia invertuntur. Quæ ſummiſſa ſunt, fiunt proprietarii. Quæ ſunt demortua aut inutilia, incipiunt eſſe fructuarii. *d. L. vel inutilium, 69. D. de uſufr.*

XXV. At quomodo ſummiſſa fiunt ſtatim proprietarii? Repugnant, ut videtur, regulæ iuris de rebus transferendis. Nam primum inter vivos nulli res acquiritur alia translatione, niſi volenti & conſentienti, *L. in omnibus rebus, D. de obl. & act.* Hic autem volumus ſummiſſa hæc capita ſtatim acquiri proprietario, ſive ſciverit ſummiſſa eſſe, ſive ignorarit. Deinde ut maxime velit proprietarius ea ſibi acquiri: tamen dominium niſi re & poſſeſſione tradita non transfertur. *L. traditionibus, C. de pact. §. per traditionem, Inſtit. de rer. diviſ.* Hic ſummiſſa proprietario tradita non ſunt, nec poſſeſſio in eum translata. Quæ cum duo deſint iſti ſummiſſioni; non videtur omnino ſummiſſorum dominium in proprietarium iſta ſummiſſione transferri poſſe. Et ſane non transferretur, ſi quid eorum deeſſet, quæ ſupra diximus. Sed & voluntas proprietarii, & poſſeſſionis translatio in hanc acquiſitionem concurrunt: ut merito dicatur vel ſecundum ſuperiores leges transferendi dominii ſummiſſa & ſuppleta etiam ignoranti proprietario acquiri. Voluntas eius tunc intellecta eſt, cum initio uſusfructus datus eſt fructuario. Hic enim voluit proprietarius a fructuario omnia recte fieri, quæ ad cauſſam uſusfructus pertinebant. Qua de cauſſa ſupra diximus curam & cuſtodiam rei fructuariæ, omniaque, quæ ad eam curam faciebant, fructuario tanquam procuratori cuidam ab initio commiſſa videri. *arg. in L. 1. in fin. D. de uſuf. quem. cav. & L. 1. in fi. D. de op. nov. nunt.* Quare & hoc voluit proprietarius, quæ ſummiſſa eſſent ex hac cauſſa, ſibi acquiri: quoniam ſummiſſio hæc ut fiat in rem proprietarii, ad ius & cauſſam uſusfructus pertinet. Nihil ad rem facit, quod cum capita ſummiſſa ſunt, ignoravit. Satis eſt enim ab initio eum fuiſſe hac mente, ut vellet, quandocumque quid ex hac cauſſa in rem fructuariam conferretur, id ſibi acquiri. Qua ratione & per procuratorem, cui generaliter de rebus noſtris gerendis mandatum eſt, placet nobis etiam ignorantibus acquiri poſſeſſionem. *L. poſſeſſio, 49. §. ult. D. de acquir. poſſ.* item & per ſervum aut filium, qui in poteſtate eſt, poſſeſſionem earum rerum, quas peculiariter tenent: *quia*, inquit Paulus, *noſtra voluntate intelligantur poſſidere, qui eis peculium habere permiſerimus*. Quod ad poſſeſſionem attinet, & hæc per fructuarium ad proprietarium translata eſt ſummiſſione. Nam fructuarius cum ſummiſit alia capita eo animo, ut ea faceret gregis, cœpit gregem, & per gregem fœtus ſummiſſos nomine proprietarii poſſidere. Quod quis ſuo nomine poſſidet, poteſt alieno nomine poſſidere, & dum ita poſſidebit, poſſeſſionem transferet in eum, cuius nomine poſſidet. *L. quod meo, D. de acq. poſſ.* Acquirit igitur in propoſito fructuarius ex hac cauſſa proprietario poſſeſſionem. Quare & per poſſeſſionem dominium iuxta regulam iuris, cum is dominus ſit, qui poſſeſſionem tranſtulit. *§. ex his. Inſt. per quas perſ. L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom.*

XXVI. Sed non ut ſummiſſorum iſta translatio recte defenditur, ita fortaſſe il-

lud

lud alterum poterit defendi, quod placet demortua & inutilia capita, quæ prius conſtabat fuiſſe proprietarii, nunc eo ignorante fieri fructuarii poſt ſummiſſionem. Nam quomodo, quod alterius eſt, ſine facto eius ad alium poteſt tranſire? vetat hoc regula iuris, *L. id quod noſtrum*, *D. de reg. iur.* ſed maxime naturalis ratio, quæ alterius conditionem in re aliqua transferenda meliorem facere concedit: deteriorem autem facere, quod alterius fuit auferendo, prohibet. *L. ſolvendo*, *D. de neg. geſt.* Reſpondet Pomponius in *d. L. vel inutilium*, 69. *D. de uſufr.* ſicut ſubſtituta ſtatim domini fiant, ita priora quoque deſinere eius eſſe ex natura fructus. Recte ex natura fructus. Hæc enim exigit, ne utraque ſint proprietarii, & quæ ſummiſſa ſunt, & quæ ſunt demortua aut inutilia. Ut enim eſt conditio uſusfructus, gregem tantum ſupplere debet fructuarius, non augere. Augeret autem, ſi novis ſummiſſis, & ſuppleto grege, nihilominus priora manerent gregis, & per gregem proprietarii. Quare hoc poſito, ut ſummiſſa domini fiant, ſequitur, ut priora quoque ex natura fructus eius eſſe deſinant. Quod ſi deſinunt, etiam huic naturæ uſusfructus conſequens eſt, ut fiant fructuarii. Sic enim iſta emittuntur extra gregem, ut tamen profecta ſint ex grege. Quidquid extra rem fructuariam eſt, ſi ex re percipitur, in fructu eſt, & uſusfructus iure ad fructuarium pertinet. *L.* 7. in pr. *L. item ſi*, 9. in pr. *D. de uſufr.* Nec mirum ſit, quod proprietarii fuerat, deſinere eius eſſe poſt ſummiſſionem. Nam alioqui, inquit Pomponius, & hoc prius in fructuarii perſona contingit, quod enim naſcitur, fructuarii eſt. Et cum ſubſtituitur deſinit eius eſſe. Ergo in hac ſummiſſione fit id, quod Iulianus dicebat, & refertur in *L. quid ergo*, 70. in fi. *de uſufr.* ut ſummittere ſit proprie diſpertire, & dividere, & diviſionem quamdam facere. Diviſio in eo, ut bene Azo accepit apud Accurſium, quod fructuarius utilia capita ſummittendo gregi aſſignat: demortua & inutilia ſibi reſervat. Sed accidit hæc diviſio dominiorum non iure ipſo, ſed per ſummiſſionem fructuarii. Ante autem, quam nova ſubſtituerit in gregem, fœtus editi manent fructuarii, ut ab initio: ut contra demortua & inutilia proprietarii. *d. L. quid ergo*, in princ. *D. de uſufr.* Unde bene dicitur ibidem in extremo, ſummittere eſſe facti. Secundum quæ, inquit Ulpianus, ſi ante ſummiſſionem deceſſerit fœtus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, & neceſſe habebit fructuarius alios fœtus ſummittere. Recte hoc ille ex prioribus colligit. Sic enim ius eſt, rem ſuam domino perire. *L. pignus*, *C. de pign act.* Si non ſummittit fructuarius, quomodo teneatur, dicetur poſtea in commune in iure proprietarii.

XXVII. Hæc de tuitione rei fructuariæ; quod fuit primum genus eorum onerum quæ ſunt in eo, ut fructuarius quid faciat. Secundum genus iſtiuſmodi onerum verſatur in oneribus ipſorum prædiorum. Quæ & ipſa onera fructuarium [8] ſuſtinere debere dicimus: ut ſunt tributa, ſtipendia, vectigalia, penſitationes, & intributiones publicæ, quales commemorantur, & imponuntur fructuario in *L.* 7. §. 1. *L. ſi pendentes*, 27. §. *ſi quid cloacarii*, *D. de uſufr.* Obligationis & præſtationis huius cauſſa eadem, quæ in genere ſuperiore, cum de rebus reparandis agitur. Nam & vectigalia & penſitationes omnes eiuſmodi publicæ, quæ prædiis imponuntur, ipſorum prædiorum onera ſunt, non poſſeſſorum, niſi propter prædia. Unde in his dicuntur prædia, non perſonæ conveniri. *L. imperatores*, *D. de public.* Prædiorum igitur incommoda. Proinde eiuſmodi, quæ agnoſci debeant ab eo, cuius ſunt commoda. Quinimo, ut ante dixi, non intelliguntur commoda, niſi his incommodis prius deductis. *arg.* in *d. L. Mucius*, *pro ſoc.* Hactenus tamen hæc onera fructuarii, niſi teſtator ea nominatim heredi iniunxerit. *L. uſufructu relicto*, 52. *D. de uſuf.* Quod eo pertinebit, non ut ne poſſit fructuarius a fiſco de his conveniri; cum, ut dixi, prædia hic conveniantur, & per prædia poſſeſſores, nec poſſit alieno facto ius fiſci convelli. *L. inter*, *D. de pact.* ſed ut ſi quid eo nomine præſtiterit fructuarius, id poſſit poſtea repetere ab herede actione ex teſtamento. *arg.* in *L. epiſtola*, §. *pen. D. de pact.*

XXVIII. Tertium genus onerum, quæ in faciendo ſunt, eſt in eo, ut finito uſufructu fructuarius rem fructuariam reſtituat, ut cautione fructuaria, quæ ſequitur, continetur. *L.* 1. *D. uſ. quem. cau.* Hæc præſtatio atque obligatio ex tacita conventione. Nam cum res traditur fructuario fruendi cauſſa, hoc ipſo aperte id agi-

8) *L.* 28. *de Uſufr leg.* Fuſiones vocantur in *d. L.* 27. §. 3. de quo vid Briſſ. 3. *Antiq.* 12. Ræ vard 3. *Var.* 13. & quod ob tranſitum exercitus confertur, *d.* §. 3. de quo vid. Rævar. 5. *Var.* 17. & 3. *Conject.* 6. Rad. Fornez. 1. *Rer. quotid.* 29. Non autem hic diſtinguitur, magna ſint hæc onera an modica, vid. Pinel. in *L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. n. 72. Caſtillo *de Uſuf. C.* 56. *n.* 14. & *ſeqq.*

Digitized by Google

agitur, ut cum frui deſierit, reſtituat, utpote finita cauſſa, propter quam res tradebatur. *L.* 1. in fi. *D. de cond. ſine cau.* Quibus expoſitis, iam tempus eſt, ut de cautione fructuaria, quæ illarum rerum omnium nomine interponitur, cognoſcamus: quando hic maxime poſt illa de ea cognoſcendi locus eſt, & nos hoc loco de ea dicturos initio polliciti ſumus.

C A P. XIV.

De cautione fructuaria. Semperne ſeu an ab omni fructuario exigatur: Qualis ſit, nuda cautio, an ſatiſdatio: Quis hic, Cui, Quid caveat. Interpoſitæ quis effectus.

Cuius bono introducta; & quid contineat cautio fructuaria. I.
Rerum partitio. II.
Quocunque modo, & iure conſtitutus, & cuiuſcunque rei ſit uſuſfructus: cautio a fructuario, quin & ab uſuario, ſi hic poſſidendo utatur, ſtatim & initio præſtanda. III.
Etiam ſi fuerit teſtamento, ſeu conventione remiſſa. IV.
Ratio, & contrariis occurritur. V. VI.
Exceptio ſuperioris regulæ. VII.
At nec cautio qualibet, ſed ſatiſdatio illa fructuarii eſſe debet. VIII.
Fructuario inopi, qui & ſatiſdatione careat, quomodo conſultum. IX.
Si duo ſint fructuarii: an utrique præſtent, & quando, ſatiſdationem. X.
Illis præſtanda cautio, ad quos finitus redibit, aut ſpes fore ut redeat uſuſfructus. XI.
Proprietario ſemper: interdum heredi, aut legatario; vel utrique: & quando duobus legatariis. XII.
Quando unus alteri fructuario; & quando uterque caveat heredi. XIII.
Quæ caveat fructuarius. Duæ cautionis clauſulæ ſeu partes, & quæ. XIV.
Summa iuris de priore cautionis parte conſtituti. XV.
Poſterior cautionis clauſula per partes expoſita. Ulpianus in L. 3. §. 1. D. uſufr. quem. cav. *explicatus; & cum Papiniano* L. 83. *& Paulo* L. 208. D. de R. I. *conciliatus.* XVI. XVII.
Quando, & ex quibus cauſſis committatur ſtipulatio in utraque cautionis clauſula, & quatenus factum ut recte inſtituatur petitio eius quod extabit. XVIII. XIX.
Ex priore cautionis parte, ſtipulatione commiſſa in id quod intereſt, ſemper poteſt agere proprietarius: in alteram partem cautionis ſi committatur ſtipulatio, res diſtinctione temperanda; & quatenus. Exponitur L. ſi fructuarius 4. D. uſufruct. quemad. cav. XX. XXI.

I. HUius cautionis introducendæ ratio manifeſta eſt. Nam cum, ut initio de oneribus fructuarii præfati ſumus, ſic fructuarius rem accipiat fruendi cauſſa, ut accipiat alienam, in qua bonam fidem præſtare debeat, ut virum bonum decet; & quam eamdem finito uſufructu debeat reſtituere proprietario: eſt æquiſſimum, utriuſque rei nomine proprietario idonee cautum eſſe: ut ſicuti fructuarius uti frui debet, ſic proprietatis dominus ſecurus reddatur de proprietate, quo ſcilicet ambobus in commune conſulatur. Hoc in *L. ſi cuius*, 13. in princ. *D. de uſufr.* Hæc ſecuritas præſtatur in futurum proprietario, cum quas res fructuarium uſuſfructus nomine præſtare oportet; eas ita fore idonee cavet fructuarius. Eas res duas eſſe in ſumma, ex ſuperioribus intelligimus. Unam, ut fructuarius in fruendo ita ſe gerat, ut bonus paterfamilias faceret in re ſua. Unde & prius hoc ab eo exigebamus: *L. ſed cum* 65. *D. de uſufr.* Alteram, ut finito uſufructu rem recte reſtituat. Ergo & hæc æquitas edicto prætoris conſtituta eſt, & cautio in eam rem inducta, quæ utramque illam partem complecteretur. De quo ita edicto cautum legimus, ut ad quemcumque uſuſfructus alicuius rei pertinebit; is ab initio deſideranti ei, ad quem uſuſfructus rediturus eſt, caveat, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum, & cum uſuſfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum, quod inde extabit. Summa edicti & cautionis tradita in *L.* 1. *D. uſufr. quem cav.* In hac cautione multa occurrunt, quæ quærantur, in quibus eſt huius iuris explicatio, & argumentum Tituli *D. uſufructuarius quemadmodum caveat.*

II.

Digitized by Google

II. Summa autem, & ſeries naturalis quærendi hæc eſt: Primum an ſemper fructuarius ita cavere debeat. Secundo loco, ſi debet, qualis ſit hæc cautio, utrum nuda repromiſſio, an etiam ſatiſdatio. Tertio cum ad cavendum ventum erit, quis caveat. Quarto cui cavendum. Quinto quid cavendum, ſeu quid contineatur cautione. Poſtremo interpoſitæ cautionis quis ſit effectus, ſeu quando committatur, & quid tribuat proprietario cive, qui ſtipulatus eſt.

III. Primum igitur an ſemper fructuarium cavere oportet? Et placet hanc cautionem ad omnem uſumfructum pertinere, ut eſt in *d. L. ſi cuius*, 13. in princ. *de uſufr.* Quod nihil aliud eſt, quam omnem fructuarium cavere iſto modo debere. Idque ita eſt, cuiuſcumque rei uſusfructus relictus ſit, ſive mobilis, ſive ſoli: item quocumque modo uſusfructus ſit conſtitutus, ſive lege, ſive [1] teſtamento, ſive pactionibus, ſive a iudice. *L.* 1. *§.* 1. *D. uſufr. quem. cav.* Itaque etiam ſi quis uſuceperit uſumfructum, quomodo etiam uſumfructum acquiri diximus; recte dominus proprietatis ab eo exiget cautionem. Sed nec intereſt, utrum iure ipſo conſtitutus ſit uſusfructus, an per tuitionem prætoris, ut eſt in *L. ſi uſusfructus*, 9. *§. illud*, *D. eod.* id eſt, ut olim differentia legatorum & fideicommiſſorum fuit, nihil intereſt, ſitne legatus uſusfructus, an per fideicommiſſum relictus. *L. ſi quis uſumfructum*, *D. de uſufr. leg.* Ut autem etiam hodie interpretatio quadrare poteſt, nihil intereſt, utrum ſit conſtitutus a vero domino, quod ſit ipſo iure & civili: an vero in fundo vectigali, aut in ſuperficie ab emphyteuta vel ſuperficiario, qui vere domini non ſunt; eoque ſi quid iuris habent in ſupra ſcriptis rebus, aut ſi quid in his alii conſtituunt, valet tantum tuitione prætoris, ut hoc explicatur in *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. uſ. amit.* *L.* 1. *§. ultim.* *D. de ſuperf.* Ne illud quidem retulerit, utrum aperte uſusfructus legatus ſit; an vero quid, quod ſub alia appellatione uſusfructus vim habeat: ut ſi habitatio, ſi operæ hominis, vel cuius alterius animalis relictæ ſint: ſi [2] meſſis aut vindemia in ſingulos annos alicuius fundi legata. *L.* 4. *§. ult.* & *L.* 5. *D. uſufr. quem. cav.* Quinimo etſi non uſusfructus conſtitutus ſit, ſed uſus tantum, qui haberi non poſſit, niſi poſſeſſione rei uſuario tradita; placet ab eo eadem de cauſſa hanc cautionem interponi debere. *L.* 4. *§.* 1. *L. penult.* *D. eod.* Interponi debere cum dicimus, hoc intelligimus, quod & monuimus iam ſupra, niſi deſiderante eo, ad quem res pertinet, ante omnia interpoſita fuerit; fructuario actionem denegari. *L. ſi cuius*, 13. in princ. *D. de uſufr.*

IV. Adeo autem viſa eſt hæc cautio ad onus & officium fructuarii pertinere, ut placeat nec teſtamento illam ſatiſdationem [3] remitti poſſe, ut boni viri arbitratu utatur fruatur is, cui uſusfructus relictus eſt. *L. ſcire*, *C. ut in poſſ. leg.*

V. Quod tamen parum liquet. Nam primum generaliter traditum eſt, quidquid caverit teſtator de re ſua, id ius ratumque eſſe. *L. verbis*, *D. de verbor. ſignific.* *Nov. de nupt.* *§. diſponat*, *L.* 1. *C. de ſacroſ. eccl.* Sed hoc perpetuam hanc exceptionem habet, niſi ſi quid caverit teſtator, quod ſit contra ius aut bonos mores. *L. nemo*, 55. *L. ſi quis inquilinos*, 112. *§. penult.* *D. de leg.* 1. Bene autem vulgo ſic huius cautionis remiſſio habita eſt, quaſi quæ ſit contra bonos mores, utpote, eiuſmodi, quæ, amoto huius cautionis metu, invitet fructuarium ad delinquendum, nempe ad abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea graſſandum. Cuius generis iuſſa & pacta quæ ſunt, hac de cauſſa tanquam turpia iure improbantur. *L.* 5. *D. de pact. dot.* *L. ſi unus*, *§. pacta*, *D. de pact.*

VI. Sed & nos in hac re illud remoratur, quod traditur in *L.* 2. *C. ut in poſſ.*

1) Etſi non teſtamento, ſed contractu *L.* 4. *de uſufr.* ubi ratio dubii quia prætor edicto ſuo nominatim de legato uſufructu loquutus, ut ex *L.* 1. *princ. h. t.* arguit Hotom. ad *d. L.* 4. item quod in ſtipulationibus quæ verbis non expreſſa, omiſſa videntur, & quod pacti obſcuritas nocet venditori, Hotom. *ibid.*

2) In qua *L.* 6. Connan. 4. *Comm.* 5. cenſet vel negatione adiecta legendum *non percipiantur*, vel pro *quamvis quoniam*. Quod refellit Rob. 1. *Rec. Lect.* 19. quia coniungitur *d. L.* 6. cum fine *L. praecod.* ubi dicitur ſtipulationi locus eſſe in habitatione vel operis legatis, licet uſumfructum non per omnia imitentur. Subiicitur in *d. L.* 6. in vindemia vel meſſe itidem locum eſſe ſtipulationi, & hæc quoque non per omnia uſumfructum imitari, licet ex uſufructu percipiantur. Nam quia hoc legato meſſis fructus ſine uſu relictus, per *L.* 58. *§.* 1. *de uſufr.* adeo non poteſt dici quod imitetur per omnia uſumfructum, licet illi proxima hæc ſint, quia ex eo percipiuntur vindemiæ ac meſſes, ac uſui & fructui rei detrahuntur. Ita Robertus.

3) Quæ ſententia receptior Clar. *§. teſtamentum* Q. 64. Gail. 2. *Obſer.* 145. Caſtillo *de Uſufr.* C. 15. *n.* 1. (Ad quod tamen probandum *DD. L.* 1. *C. de uſufr* abutuntur, quæ loquitur de cautione ex SCto in quaſi uſufructu præſtanda. Hotom *ibid.* A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 12. *Princ.* 7. *illat.* 7.) Et conſentit. P. Fab. *ad L.* 94. *de R. I. p. m.* 435. ut tamen adiectio illa cautionis remittendæ pro redundanti & non ſcripta ſit, nec legatum uſusfructus vitiet, & Gæd. ad *L.* 30. *de V. S.* Bron. 1. *Aſſ.* 89. Et nec inventarii confectionem remitti poſſe volunt DD. quibus accedit A. Fab. *d. Princ.* 7. *Illat.* 7. quia fieri nequit teſtitutio arbitrio boni viri, nec ſciri poteſt quomodo fruitus ſit, niſi ex inventario liqueat, quid & quantum ei traditum.

poſſ. leg. cautionem ſeu ſatisdationem, quæ legatorum nomine exigi ſolet ab herede iure publico, voluntate teſtatoris remitti poſſe. Cur ergo non item & ea, quæ eodem iure fructuario iniungitur; præſertim cum utraque ſit de re privata, & ad ius defuncti pertinente? Nempe ideo quod non item poſterioris huius ſatisdationis remiſſio invitat heredem ad delinquendum, ut prioris illius remiſſio fructuarium. Nam res legata, utcumque remittatur heredi ſatiſdatio legati nomine; non ideo tamen traditur heredi fruenda, ut quis dicat per occaſionem huius conceſſi iuris poſſe eum in re legata licentius verſari invito legatario: ſed res pleno iure manet legatarii. Contra res fructuaria, ut eſt ius uſusfructus, ſemper traditur fructuario utenda fruenda. Qua poteſtate accepta, niſi ipſe metuit ſuperioris ſatisdationis pœnam; facile futurum eſt, ut ea impunitate ad licentiam in ea re graſſandi abutatur. Quæ ſi ratio huius cautionis remiſſionem in teſtamento inhibet; non eſt, quod dubitemus & tunc cautionem eandem fruſtra remitti, cum 4 conventione ipſa proprietarii inter vivos remittitur. Non enim minus & tunc invitat remiſſio fructuarium ad idem delinquendum: nec minus iure irritæ ſunt huiuſmodi conventiones, quam ſupremæ voluntates. Quinimmo quod ea, quæ ad delinquendum invitant, iure improbari ante diximus, de pactis & conventionibus potiſſimum ſcriptum eſt in *d. L. 5. D. de pact. dot. d. L. ſi unus, §. pacta. D. de pact.* Hoc quidem & Bartolus iſta ipſa ratione uſus ſibi videri ſatis oſtendit ad *L. 1. C. de uſufr.* ſed non eſt auſus quidquam affirmare. Nos in ratione manifeſta, quæ iſtas ſpecies coniungit, affirmandi temeritatem non reformidabimus.

VII. Ad omnem igitur uſumfructum, & omnem fructuarium, ut cœpi dicere, hæc cautionis neceſſitas pertinet. Sed cum ſit in aliis omnibus ius perpetuum, hic nobis duo excipiendi ſunt, quibus hæc cautio remittitur. Primum pater in uſufructu bonorum adventiciorum filiiſfamilias. Remiſſa huic cautio conſtitutione Iuſtiniani pro iure veteris dominii, quod plenum illi olim in his bonis acquirebatur. *L. cum oportet, §. non autem. L. ult. §. ſin autem legata, C. de bon. quæ lib.* Deinde & is, cui uſusfructus pure, proprietas ex die legata eſt. *L. ſi uſusfructus, §. plane. uſufr. quem. cav.* Placuit huic remittendum cautionem, quia non ſit neceſſaria: ſive quod nihil interſit heredis, quid de proprietate futurum ſit, quæ non ad ipſum, ſed ad fructuarium, heredemve eius certo reditura eſt: ſive quod cum agatur res fructuarii: non eſt probabile ipſum deterius aliquid in ea re in perniciem ſuam eſſe conſtituturum. Hoc recte ex edicti ſententia, cui propoſitum ſuit hac cautione proprietario conſulere.

VIII. Cum locus erit huic cautioni, qualem hanc cautionem eſſe volumus, nudamne, an ſatiſdationem? Et in *L. 1.* ac prope toto Titulo, *uſufructuarius quem. cav.* nihil amplius exigitur, quam ut fructuarius caveat. Unde & *inſcriptio ipſa* de cautione. Quo verbo hoc continetur, ut fructuarius ſtipulanti repromittat ea, quæ diximus, nec quidquam præterea, ſi nihil adiicitur amplius. *L. ſancimus, C. de verbor. ſignific.* Unde & crebra ſtipulationis mentio in *L. 1.* & deinceps, *eod. tit.* pro cautione fructuaria. Sed conſtat ſatis ex aliis locis ſatiſdationem hic exigi a fructuario edicto prætoris, ac niſi detur, denegari ei uſumfructum. *d. L. ſi cuius*, 13. in princ. *de uſufr. L. etſi, D. uſuf. quem. cau. L. 4. C. de uſufr.* Eſt autem ſatiſdatio cautio quidem & ſtipulatio; ſed cautio idonea fideiuſſoribus datis, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui ſatiſd. cog.*

IX. Quid, ſi fructuarius, diu quæſito fideiuſſore, reperire non poſſit? an quia ſatiſdare non poteſt, uſumfructum amittet? Non ſane amittet: ſed generaliter ſcriptum eſt in *d. L. ſi cuius*, 13. *de uſufr.* non prius dandam actionem fructuario, quam ſatiſdederit. Et ibidem additur ratio, quia *proprietatis dominus ſecurus eſſe debeat de proprietate*. Id autem fieri non poteſt ſine ſatiſdatione. At videamus, dicat aliquis, ne ſit iniquum exigi a quoquam, ut præſtet, quod non poteſt. Et vero regula iuris prohibet, quæ dictat, impoſſibilium nullam eſſe obligationem. *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.* Sed nihil hæc defenſio ad hunc locum. Non enim petitur a fructuario ſatiſdatio tanquam id, quod debeat; alioqui ſane dum præſtare non poſſet, recte recuſaret: ſed, ſatiſdatione non præcedente, recte dicitur, non competere illi uſusfructus perſecutionem aut retentionem; etiamſi caſu, non voluntate aut culpa eius fiat, ne ſatiſdet. Dantur enim hæc, ideſt uſusfructus

4) Diſſ. Gail. 2. *Obſ.* 145. n. 12. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P.* 2. n. 76. & aliis laudatis Caſtillo *d. C.* 15. n. 14. *& ſeqq.* qui & reiecta ratione vulgari remiſſionis reprobatæ, quod invitet ad delinquendum, aliam adfert, n. 30.

ctus actio, & retentio ſub conditione, ſi ille ſatiſdederit proprietario, ex hoc edicto. Non ſatiſdante eo, conditio non exſiſtit. Conditione actionis non exſiſtente, nulla eſſe poteſt actio. Humanum tamen videtur, ſi conſtet fructuarium eſſe plane pauperem, quem veriſimile ſit fideiuſſorem non facile poſſe reperire, & uſusfructus ædium vel fundi relictus ſit: adhiberi remedium id, quod in ſimili re proponitur in *L. ſed ſi is*, 5. §. *quoties*. *D. de Carb. ed.* ut ſcilicet detur fructuario res fruenda, ſine ſatiſdatione quidem, ut contenti ſimus nuda cautione, ſic tamen, ut proprietarius iubeatur eſſe in poſſeſſione rei fructuariæ tanquam cuſtos & obſervator, qui det operam: ne quid res detrimenti capiat. Aut ſi hæc cuſtodia parum tuta videtur, aut non placet; conſtituatur [5] curator, per quem bona adminiſtrentur. In quo licet uſurpare illud Ulpiani ex *L.* 1. §. *quamquam*, *D.* de aq. plu. arc. *hæc æquitas ſuggerit, etſi iure deficiamur*.

X. Cum ad cautionem ventum erit, prima erit quæſtio de perſonis, inter quas interponatur. Quis ergo cavebit? Et de fructuario nunc agimus. Hunc ergo cavere debere, & ſolum cavere certum eſt. Sed pluribus conſtitutis fructuariis interdum dubitatur, utrum omnes cavere debeant, an unus tantum. Quod accidit in hac ſpecie, cum teſtator legavit uſumfructum Primo, eumque rogavit, ut reſtitueret Secundo. Hic enim quæritur, an ambo iſti cavere debeant, Secundus quidem Primo; Primus autem heredi: an ſolus Secundus heredi, quia ad ſolum Secundum vere uſusfructus pertineat. Et placuit ſolum Secundum recta cavere debere heredi: a Primo non exigendam cautionem. *L. ſi uſusfructus*, 9. in princ. *D. uſufr. quem. cav.* Hoc ideo, quia Primus in hac ſpecie non eſt legatarius aut fructuarius; ſed ſolus Secundus, ad quem per Primum pervenit uſusfructus. Non enim videtur quiſquam id capere, quod ei neceſſe eſt alii reſtituere. *L. non videtur quiſquam*, *D. de reg. iur.* Sed *ibidem*, id eſt, in *d. L.* 9. adiicitur hoc ita eſſe, niſi aliquo caſu uſusfructus in perſona Secundi amiſſus redire poſſit ad Primum. Finge repetitum eſſe Primo uſumfructum, id eſt, Secundo uſumfructum amittente, iterum uſumfructum legatum Primo. Quo caſu hic ordo cautionis futurus erit, ut Secundus caveat Primo; Primus heredi ſeu domino proprietatis.

XI. Cui cavendum? Ei ad quem finitus uſusfructus rediturus eſt, aut ſpes eſt rediturum eſſe. Definitio, quæ exemplis explicatur in *L. ſi tibi*, *D. eod.* Duo ſunt autem, ad quos uſusfructus finitus redire poteſt: proprietarius ſemper; alius fructuarius interdum.

XII. Ad proprietarium ſemper redit finitus in totum uſusfructus. §. *ult. Inſt. de uſufr.* Proinde proprietario ſemper cavendum: & ſi plures erunt, ſingulis pro ſua parte. *L.* 9. in fin. *D. de uſufr. quem. cav.* Res autem ſic tranſigitur. Si teſtator legavit alicui uſumfructum, fructuarius cavebit heredi: *L. ſi ſervi*, *D. eod.* quia apud heredem manet proprietas: Si alii legata erit proprietas pure, huic ſoli cavebit fructuarius: Si legata erit ſub conditione, fructuarius & huic cavebit, & heredi, *L. ſi tibi*, *D. eod.* Huic; quia ad eum proprietas perventura eſt, ſi conditio exſtiterit: Heredi: quia apud eum manſura eſt proprietas, ſi conditio defecerit. §. 1. *Inſt. de uſufr.* Poteſt autem contingere alterutrum; & utrum accidat, incertum. Proinde ob ſpem futuri eventus utrique cavendum. Si duobus proprietas legata ſit gradatim; puta Primo pure; deinde Primus rogatus eſt Secundo reſtituere poſt tempus: fructuarius & Primo & Secundo cavebit, quia poteſt amiſſio uſusfructus incidere in tempus tam huius, quam illius proprietarii. *d. L. ſi tibi*, *eod.*

XIII. Ad fructuarium alium redire poteſt uſusfructus amiſſus, cum duobus eiuſdem fundi uſusfructus legatus eſt. Nam inter hos eſt ius accreſcendi, quo fit, ut in unius perſona amiſſus uſusfructus alteri coniuncto accreſcat. *L.* 1. & deinceps, *D. de uſufr. accr.* Ideo placet hos fructuarios invicem ſibi cavere debere, & ambos cavere debere heredi in illum caſum, ſi ad ſocium non pertineat uſusfructus. *d. L. ſi tibi*, in fin. *D. eod.*

XIV. Quid caveatur, contineaturve cautione fructuaria cautio ſupra propoſita oſtendit. Habet igitur, inquit Ulpianus, hæc ſtipulatio duas cauſas, id eſt res duas, propter quas tanquam cauſſas hæc cautio interponitur: quæ totidem clauſulis comprehenſæ ſunt. Una eſt de utendi modo:

(5) Hæc ſententia, præ aliis tribus, quadrifariam enim variant hic DD. benignior videtur Fachineo 8. *Contr.* 40. cum hac ratione utrique conſulatur ac pro ea adducitur, *L. hac edictali* 6. §. *his illud* 1. *cir. med.* verſ. *vel certe ſi fideiuſſiones C. de ſec. nupt.* Et ſecundum eam in ſupremo imperii tribunali iudicatum, Mynſ. 6. *Obſ.* 48. Gomez. 2. *Reſol.* 15. *n.* 3. vult rem ſequeſtrandam eſſe penes tertium, ut inde fructus percipiat fructuarius, vid. & Io. de Caſtillo *de Uſufr. C.* 18.

altera de reſtituendo uſufructu. *L. 1. §. ult. D eod.*

XV. Prior eſt, qua cavet fructuarius ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum. *d. L.* 1. in princ. & *§. cavere*. His verbis hoc cavet, quæcumque *ſuperiore Capite* diximus fructuarium præſtare debere, excepta reſtitutione, & cautione, ea omnia ſe præſtaturum. Hæc enim arbitraretur vir bonus proprietario præſtari debere: & ideo arbitraretur, quia ad officium boni viri, qui in re aliena verſaretur, & inde fructum perciperet, omnia pertinent. Ineſt autem in ſumma in eo, ut fructuarius non facit in re fructuaria, quæ eum facere non debere diximus; puta, ne re abutatur contra conditionem rei ea utendo; ne rem transformet; ne deteriorem faciat: & rurſum ut quæ facere eum debere diximus, ea faciat, id eſt; ut omni diligentia rem aſſervet, ne pereat, aut deterior fiat; ut quæ reparatione indigent, reparet; ut vectigalia & publicas penſitationes, ſi quæ ſunt, agnoſcat. Quocirca, ut breviter complectamur, quæ de his oneribus ſupra diximus, omnia ſunt in hac parte, & huius partis explicationem continent. Ideo hæc pars ad eadem illa genera duo ſumma redigi ab Ulpiano videtur in *d. L. 1. §. cavere, eod.*

XVI. Altera clauſula eſt de reſtitutione, qua cavet fructuarius ſe, *cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum, quod inde exſtabit*, *d. L.* 1. in princ. *Reſtituturum*, non daturum, quia dominus rem ſuam inutiliter ſibi dari ſtipularetur. *d. L. 1. §. ult. L. nemo, D.* de verbor. oblig *Quod inde exſtabit*; ut contineatur his verbis non ſolum res fructuaria, quæ tunc exſtabit: ſed etiam æſtimatio rei fructuariæ, ſi qua forte facto aut culpa fructuarii perierit, aut deterior facta ſit. Hanc æſtimationem cum præſtet fructuarius ob rem fructuariam, non male dicetur æſtimatio ex re fructuaria exſtare. Et hoc ſenſit Ulpianus in *d. L.* 1. in fin. *D. uſufr. quem. cau.* cum huiuſmodi æſtimationem ad hæc verba retulit. Sequitur, *Cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet*. Deſinit pertinere, qui aliquando cœpit, & fuit fructuarii. Qui nunquam eius fuit, non poteſt dici deſinere ad eum pertinere. *L. non poteſt videri deſiiſſe. L. non videtur rem, D. de regul. iur.*

XVII. Ait tamen Ulpianus deſinere pertinere uſumfructum, etiam ſi nec cœperit pertinere. *L. 3. §. 1. uſuf. quem. cau.* ſentiens, ſi cui res ſit tradita fruendi cauſſa ante, quam uſusfructus deberetur, & idem caverit ſe reſtituturum, quod inde exſtabit, cum uſusfructus ad eum pertinere deſierit; nihilominus fore, ut committatur ſtipulatio, ſi ante quam dies uſusfructus cederet, iſ caſus inciderint, quibus amitteretur cœptus uſusfructus. Finge legatum uſumfructum ex calendis Iuniis. Ante eum diem nec debetur uſusfructus. *L. 1. §. ult. D. quand. di. uſ. leg. ced.* Verumtamen heredem, ut gratificaretur legatario, fundum tradidiſſe fruendi cauſſa ex calendis Martiis, quo commodius fundum colere poſſet ad reliqui anni fructum percipiendum: & caviſſe ſibi ſolemni ſtipulatione, qua fructuarius caveret inter cætera, ſe cum uſusfructus ad eum pertinere deſiiſſet, reſtituturum, quod inde exſtabit. Legatarium autem ante calendas Iulias, quo die incipiebat uſusfructus, deceſſiſſe. Si quæratur, an heredes legatarii ex ſuperiore cautione conveniri poſſint, quaſi exſtiterit ſtipulationis conditio, reſpondet Ulpianus poſſe. Quod quidem ab illo non dicitur ex verbi ſignificatione, ſed ex ſententia contrahentium. De verbi ſignificatione illa dicta ſunt, non poſſe videri deſiiſſe rem habere, qui nunquam habuit: item non videri rem amittere, cuius propria non fuit. *d. L. non poteſt videri deſiiſſe.* Et d. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.* At ſententia [6] contrahentium eſt, ut ex ſuperiore caſu etiam cautio illa committatur. Plus enim iuris eſt legatario in re, cuius aliquando uſumfructum habere cœpit, etſi poſtea finitum, quam in ea, cuius nunquam uſumfructum habuit. Quare ſi hoc actum eſt verbis, ut quanvis habere cœpiſſet, tamen reſtitueret, ſi ad eum pertinere deſiiſſet: multo magis id actum eſt, ut ſi nondum cœpiſſet pertinere, rem reſtitueret iis caſibus, quibus cœptum uſumfructum, ſi eſſet finitus, reſtitui oporteret. Datum eſt proprietario priore caſu rem recipere, quod plus eſt. Datum igitur recipere & poſteriore, quod eſt minus. Non debet, cui quod plus eſt, licet, quod minus eſt, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. iur.* Non eſt hoc comprehenſum verbis aperte: ſed conſtat eſſe actum & ſenſum, ut fieret. Semper in ſtipulationibus & cæteris contractibus id ſequimur, quod actum eſt. *L. ſemper in ſtipulationibus, D. de reg. iur.* Deſinit autem uſusfructus ad fructuarium pertinere,

6) Expeditiſſime. Nec igitur credendum in re ſenſui communi obvia Ulpian. *d. L.* 3. §. 1. & Paulum *d. L.* 208. expreſſis verbis diffidere, ut ſcribit Forſt. *Lib. 3. de Succeſſ. C.* 21. *n.* 4.

re, cum ſuis modis amittitur. Amittitur autem pluribus, de quibus poſtea. Et quoniam in his cautione nihil excipitur: idcirco omnes ii caſus, quibus uſusfructus amittitur, ſtipulatione continentur. *L.* 3. in pr. *D. uſufr. quem. cav.* Aliter concepta cautio de uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur. Hac exprimi debent tantum duo caſus, mortis & capitis deminutionis, quoniam earum rerum uſus aliter amitti non poteſt. *L. etſi*, in fin. *D. uſufr. quem. cav.*

XVIII. Vis & effectus cautionis is, qui cæterarum ſtipulationum, ex quibus quid ſub conditione debetur, ut ſcilicet committatur hic ſtipulatio exſiſtentibus conditionibus ſingularum partium propriis. Ita enim ius eſt omnis conditionalis ſtipulationis, ut exſiſtente conditione committatur ſtipulatio, id eſt, in ea cauſſa eſſe incipiat, ut ex ea agi poſſit. *§. ſub conditione, Inſt. de ver. obl.* Sic ergo ex priore capite cautionis actio futura eſt. In his, quæ ex hac parte præſtare debet fructuarius, quædam ſunt in non faciendo, veluti, ne contra conditionem rei re utatur, ne rem deteriorem faciat. Tunc committetur ex hoc genere ſtipulatio, cum fructuarius adverſus ea quid fecerit, puta contra utendo, aut rem deteriorem faciendo. Hæc enim conditio eſt, ſub qua ex ſtipulatione agere liceat, ſi pactio ſervata non ſit: & committetur in id, quod ſtipulantis intereſt hæc facta non eſſe. *§. ultim. Inſt. de verbor. obligat.* Quædam ſunt contra, quæ fructuarius facere debet; ut rem omni diligentia cuſtodire, ne pereat, aut deterior fiat; rem collapſam reſtituere; onera prædiorum ſuſtinere. Ex his cauſſis committetur adverſus fructuarium ſtipulatio, cum quid eorum factum non erit. Hæc enim rurſum eſt conditio, qua in hoc genere ex ſtipulatione agere liceat, ſi factum non ſit, quod debuit. *d. §. ultim. Inſtit. de verbor. obl.* & committetur item in id quod ſtipulantis intereſt, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *d. §. ult. L. ſtipulationes non*, verſ. *Celſus. L. ſi pœnam, D. de verb. oblig. L. ſi quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* Et quoniam varie adverſus iſta peccari poteſt a fructuario, & ſæpe: ſequitur, ut quoties id factum erit, toties in id, quod ob eam cauſſam intereſt, committatur ſtipulatio. *L.* 1. *§. ult. D. uſufruc. quem. cav.* Ex poſteriore parte cautionis, quæ eſt de reſtituendo uſufructu, committitur ſimiliter, cum conditio extiterit. Eſt autem hæc conditio, cum uſusfructus ad fructuarium pertinere deſierit. Quæ conditio quando exſiſtat, & quid ea contineatur, ante expoſui.

XIX. Apparet autem ex verbis, agi tantum ex hac parte, ut reſtituatur, quod ex uſusfructus cauſſa extabit. Hinc dubitatio, quomodo conſequamur, ut id recte petere liceat. Non enim ſatis eſt dicere aliquid extare. Certum dicere oportet, quod extet, & id certum petere: alioqui non erit edita actio, ubi non intelligat reus, quid a ſe petatur, ac proinde nec poſſit ſcire, utrum cedere, an contendere debeat. *L.* 1. *D. de edend. L. edita, C. eod.* Nec certum id dicere ſatis eſt: ſed cum dixeris, probare oportet. Atqui hoc probari non poteſt, niſi conſtiterit, quantum ab initio traditum ſit fructuario fruendi cauſſa; ut dici poſſit ex rebus traditis hoc extare; illud non extare. Porro cum uſusfructus datur fructuario, & maxime cum eſt uſusfructus omnium bonorum, non ſolet in res ſingulas inquiri, quæ & quales tradantur: & ut id ſciatur ab initio, tamen ſi diu duret uſusfructus, earum rerum memoria aut probatio interire poteſt. Quid ergo hic fiet? Danda eſt opera initio, ut de iis quæ tradita ſunt, quæ & qualia ſint, probatio ſuo tempore poſſit extare. Ut ergo id fiat, conſilium datur ab Ulpiano in *L.* 1. *§. recte, D. uſufr. quem. cau.* ut proprietarius & legatarius ab initio in teſtatum redigant, quæ & quales res ſint, cum frui incipit legatarius: ut inde poſſit, inquit, apparere, an & quatenus rem peiorem legatarius fecerit.

XX. Ex priore parte huius cautionis ſemel commiſſa ſtipulatione, quia non committitur, niſi in id, quod proprietarii eiuſdemque ſtipulatoris intereſt; fit, ut ſemper poſſit in eam ipſam ſummam agere, quanvis poſtea proprietas ab eo receſſerit. Semel enim commiſſa ſtipulatio reſolvi non poteſt. *L. habere*, in fin. *D. de evict.* Ex poſteriore autem parte, quæ ad reſtitutionem uſusfructus pertinet, quanvis finitus ſit uſusfructus, eoque & ſecundum verba commiſſa ſit ſtipulatio: non tamen ſemper ex ea ſtipulatione agi poteſt. Alias ſtipulatio conſtituitur proprietario iure ipſo inutilis etiam ante finitum uſumfructum: alias ſtipulatione finito uſufructu ipſo iure commiſſa, actio hinc nata exceptione removetur. Inutilis ipſo iure conſtituitur illi ſtipulatio, ſi is alienaverit proprietatem, & poſtea amittatur uſusfructus. *L.* 3. *§. ult.* in fin. *D. uſuf. quem. cav.* Nam ad alium quam proprietarium non poteſt finitus uſusfructus

ctus redire. §. *ult. Inſt. de uſufr.* Hic autem qui alienavit, iam proprietarius non eſt: & quidem ſua voluntate & facto deſiit habere proprietatem. Quare hic ex ſtipulatione reſtitui ſibi uſumfructum petere non poteſt, multoque minus eius ſucceſſores. Poteſt quidem uſusfructus novo domino reſtitui, quo etiam non reſtituto poteſt dominus rem ſuam vindicare. Sed ex ſtipulatione ſuperiore agere ad reſtitutionem uſusfructus non poteſt, quia ipſe ad ſtipulationem non pertinet, id eſt, quia nec ſtipulatus eſt ipſe, aut ſtipulatione comprehenſus, nec ſtipulatio ad eum tranſit, qui non eſt heres ſtipulatoris. Hæc ad hanc ſententiam in *d. L.* 3. in fin. *D. uſufr. quem. cav.*

XXI. Ipſo iure nata actio ex hac parte nihilominus exceptione removetur duobus caſibus. Uno, ſi amiſſus quidem erit uſuſfructus, ſed amiſſus repetitus, id eſt, ita legatus, ut vellet teſtator uſumfructum eidem legatum, quoties amiſſus eſſet. *L.* 3. §. *ſi uſusfructus, D. uſufr. quem. cav.* Sic enim amiſſo ſemel uſufructu neceſſe eſt ſecundum verba committi ſtipulationem: ſed obſtat repetenti voluntas teſtatoris, qui amiſſum reſtituit, facitque ut perinde ſit, quaſi non eſſet amiſſus: unde exceptio. Alter caſus eſt, ſi proprietas ſine facto ſtipulantis ad fructuarium ipſum pervenerit. Ut in hac ſpecie, ſi teſtator uſumfructum Titio legaverit, & ſub conditione, ſi liberos haberet, proprietatem. Amiſſo ex hac conditione uſufructu, quia ſcilicet legatarius liberos ſuſcepit; & uſuſfructus cum proprietate coniunctus finitus eſt: placet ipſo quidem iure committi ſtipulationem; quia verum ſit amiſſum eſſe uſumfructum ſine facto & voluntate ſtipulantis proprietarii: verumtamen exceptioni locum eſſe. *d. L.* 3. §. *ſi uſuſfructus, eod.* Exceptio ex eo, quod utcumque redierit uſusfructus ad fructuarium, ad priorem proprietarium reverti non poteſt, ut qui deſierit proprietatem habere, nec revertitur finitus uſusfructus, niſi ad proprietatem. §. *ult. Inſt. de uſufr.* Intereſt ergo, utrum proprietatis dominus proprietatem voluntate alienaverit, an amiſerit nolens tranſlatam in alium iudicio teſtatoris. Ut priore caſu evaneſcat illi ſtipulatio ipſo iure: poſteriore ita committatur iure, ut actio exceptione infirmetur. Iuxta quam diſtinctionem accipi debet, quod in *L.* 4. *D. uſufr. quem. cav.* ſcribitur de fructuario, qui proprietatem adſecutus fuerit, adverſus hunc ſcilicet inutiliter ipſo iure agi, ſi boni viri arbitrium huc uſque porrigitur, aut eum in factum excipere debere. Utrumque ſimul verum eſſe non poteſt, cum non ſit exceptio, niſi adverſus actionem iure civili comparatam. *Inſt. de exc.* in pr. & deinceps. Sententia igitur ſic accipienda eſt, ut modo hoc, modo illud poſſit contingere varie, prout res & cauſſa alterutrum poſtulabit. Id quando accidat, in ſuperiore diſtinctione poſitum habemus.

CAP.

Digitized by Google

C A P. X V.

Remedia proprietario prodita cum ad onera uſusfructus a fructuario exigenda; tum ad ſervitutem uſusfructus a ſe removendam, ſi ſe eam debere neget: Et in eo de Negatoria actione.

Nexus rerum. I.

Duo partitionis capita. II.

Conſtituta domino proprietatis adverſus fructuarium 1. rei vindicatio, ad rem ſuam vindicandam. Si ille contra rei conditionem utatur fruatur, aut eam mutet, quin tamen deteriorem faciat, & ad alia exigenda præſtationis munia. III.

2. Actio ex cautione fructuaria domino prodita, ſi rem deteriorem fructuarius reddidit; (quæ alia adverſus eundem ex iſto capite remedia). IV.

Item ſi rem, non facto quidem, ſed negligentia perdidit; aut fecit ex iſta cauſſa deteriorem, aut aliam quamcumque præſtationem neglexit. V.

Item, ſi rem non reſtituit, uſufructu finito: & quando etiam rem vindicare, aut condicere condictione ſine cauſſa poſſit iſto nomine proprietarius. VI.

Cavere detrectanti fructuario, nondum tradito uſufructu, negatur actio. Secus, eſt adverſus illum rei vindicatio. VII.

Sed & eſt adverſus eundem condictio ſine cauſſa; & quatenus. Locus Ulpiani exponitur. L. 7. *princ.* in fin. D. uſufruct. quemadm. cav. VIII.

Adverſus eum, qui uſusfructus controverſiam domino facit, eſt actio negatoria. Quid illa. Ulpiani loco L. 5. *princ.* D. ſi uſufr. pet. *occurritur ex eodem Ulpiano* ibidem. IX.

Eadem proprietatis domino competit ſive poſſidenti, ſive non poſſidenti. Quis eius effectus; & quale in ea Iudicis officium. X.

I. CUm ſint hæc onera fructuarii, quæ ante oſtendimus: apparet omnia eſſe eiuſmodi, quæ conſtituta ſint proprietarii cauſſa: quæ in ſumma huc ſpectant, ut & conſtante uſufructu rem ſalvam habere poſſit, & finito talem poſſit recipere. Parum hoc intelligi, ut proprietario conſulatur, niſi & huic ſua remedia ſint, ad ea quæ in hac re ſint, obtinenda. Quare & de his breviter dicemus. Et quoniam hac parte id agitur, ut illi de uſufructu conſulamus: adiiciemus hic etiam, quod in totum ei proſit adverſus eum, qui uſumfructum in re vindicet.

II. Aut igitur proprietarius uſufructu conceſſo ſuperiora onera & præſtationes exiget, aut in totum uſumfructum pertinere negabit ad eum, qui ſe fructuarium dicit.

III. Si ſuperiora onera ut a fructuario exiget, hæc ordine remedia ſunt in ſingulis eorum onerum partibus. Si fructuarius contra conditionem rei re utetur, aut ſi etiam eam ita mutabit, ut his rebus non aperte rem deteriorem faciat; ut nonnunquam aliquid mutando melius reponit: nihil proprietario ad hæc mutanda prodeſſe poteſt ſtipulatio fructuaria: quippe quæ ſolum committatur in id, quod ſtipulantis intereſt, ut ſupra diximus. Ac nec de damno ulla hic poteſt eſſe actio, poſtquam nullum hic damnum datum eſſe proponimus. Sed hoc erit remedium. Rem ſuam proprietarius vindicabit, & ſi obiicietur ei exceptio de re uſusfructus nomine tradita, exceptio [1] replicatione doli mali elidetur. Dicetur enim fructuario: non recte tibi uſusfructus nomine rem defendis, qui non uteris ea, ſed abuteris. Hoc quidem remedium proditum eſt adverſus eum, qui contra officium fructuarii cautionem non præſtat. *L. etſi, uſufr. quem cav.* Nihil cauſſæ eſt, cur id non recte transferatur ad ea omnia, quæ fructuarius pro conditione uſusfructus præſtare debet, neque præſtat.

IV. Quod ſi is rem deteriorem faciet, hic locus eſſe incipit cautioni fructuariæ, ut ex ea agi poſſit in id, quod proprietarii intereſt, ut eſt poteſtas ſtipulationis faciendi. Sed & hic extra cautionem eadem remedia ſunt adverſus fructuarium, quæ adverſus cæteros omnes, qui rem alienam deteriorem fecerunt: quæ & ſu-

pra

1) Quando propterea, quod non arbitrio boni viri utitur, iure ſuo privetur fructuarius, vid. Io. del Caſtillo *de Uſufr. C. 21. & ſeqq.*

pra breviter indicavimus *huius Libri Cap.* 13. puta, ex lege Aquilia de damno dato; & ſi opere facto nocitum ſit, interdictum quod vi aut clam. In ſervis etiam ſervi corrupti; item & iniuriarum, ſi ſervum torquendo deteriorem fructuarius fecerit. *L. ſi cuius*, 13. §. *de præteritis*, *L. cum uſufructuario*, 66. *D. de uſuf.* Si rem intervertet, etiam furti adverſus eum actio eſt; item & condictio furtiva. *d. L. ſi cuius*, §. *de præteritis*, *L. ult. D. uſufr. quem. cau.*

V. Si fructuarii non facto, ſed negligentia res perierit, aut deterior facta ſit; ceſſant ſuperiores actiones de damno dato, deque eo quod alienæ rei nocitum eſſe dicetur; quæ competunt adverſus eum, qui fecit, quo damnum daretur, non qui rem neglexit. Ideo ne propter ſuperiora facta exiſtimetur non neceſſaria cautio fructuaria, ad hoc certe genus damni neceſſaria eſt. Ad hoc enim lex Aquilia & ſimiles de damno non pertinent. Ex hac autem cautione ſarcietur. Hoc in *d. L. ſi cuius*, 13. §. *de præteritis*, in fin. *de uſuf.* Si quid non reficit fructuarius, quod illum reficere & reſtituere pro conditione uſusfructus oporteat; ex eadem ſtipulatione fructuaria actio eſt in id, quod ſtipulantis intereſt, id eſt, in ea impendia, quæ ad eius rei reſtitutionem fieri oportet. Et ideo quod dicitur in *L. quid ergo*, 70. in pr. *D. de uſufr.* fructuarium, niſi ſuppleat gregem, teneri proprietario: de obligatione & actione, quæ naſcitur ex cautione fructuaria intelligendum eſt: poſtquam committitur hæc ſtipulatio in id, quod proprietarii intereſt, de iis omnibus, quæ fructuarius boni viri arbitratu facere debet, neque fecit. Proinde & ſi vectigalia a prædiis debita non præſtitit, eadem cautione tenebitur proprietario, eadem de cauſſa, quod qui hæc non præſtat, boni viri arbitratu non fruitur.

VI. Si finito uſufructu, rem non reſtituit fructuarius: aperte ex eadem cautione eo nomine actio eſt. Eſt enim cautio nominatim ita concepta, ut cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituat, quod inde extabit. Sed & ſine cautione proprietarius rem ſuam poteſt vindicare; cui vindicanti non poteſt obſtare exceptio uſusfructus, qui finitus eſt. Poteſt etiam proprietarius rei poſſeſſionem condicere condictione ſine cauſſa. Huic enim condictioni locus eſt, cum quid datum eſt ob cauſſam, quæ finita eſt. *L. 1. D. de cond ſine cau.* Quod in hac ſpecie accidit. Res enim ab initio datur fructuario fruendi cauſſa. Conſtat autem finiri hanc cauſſam finito uſufructu. Et ſi rem ipſam condicere non poteſt proprietarius, quam in fructuarium non tranſtulit: at condicet poſſeſſionem, quam tranſtulit. *L. indebiti*, §. 1. *D de cond. ind.*

VII. Reſtat ex omnibus ipſa cautio & ſatiſdatio, quam fructuarius præſtare debet. Hæc cum ad omnia fere ſuperiora obtinenda tam ſit partim utilis, partim etiam neceſſaria: in primis diligenter videndum eſt, ſi hanc non præſtet fructuarius, quomodo ab illo obtineatur. Nam ad eam exponendam nulla obligatione obſtrictus eſt. Et remedia hæc ſunt: Nondum tradito ei uſufructu, ſi uſumfructum debitum petat, aut ut ſuum vindicet, placet ei non prius dandam actionem, quam ſatiſdederit. *L. ſi cuius*, 13. in pr. *D. de uſufr.* Hoc ex edicto, quo hac conditione datur fructuario actio, ſi ſatiſdederit. *L. 1. D. uſufr. quem. cau.* Quod ſi omiſſa hac cautione proprietarius ultro rem fruendam illi tradiderit: placet non ideo videri remiſſam cautionem, ſed & hoc caſu poſſe proprietarium rem ſuam vindicare: & ſi obiiciatur exceptio de re uſusfructus nomine tradita, replicatione doli aut in factum exceptionem removeri. *L. et ſi*, *D. uſ. quem. cau.* Nam hæc ipſa exceptio uſusfructus, nihil aliud eſt, quam fructuarii actio; replicatio proprietarii, nihil aliud quam eius exceptio, qua ſuperiorem intentionem ſummovet. *L. 1. L. 2. §. 1. D. de exc.* Iam autem effectum eſt, petentem ab initio fructuarium, ſi non ſatiſdet, repelli.

VIII. Adiicit Ulpianus in *d. L. et ſi*, *uſusfruct. quem. cav.* etiam hoc caſu ſtipulationem condici poſſe. Quod quidem defendi poſſe non videtur. Nam neque condictione ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta, neque condictione ſine cauſſa, neque condictione indebiti ſoluti, quidquam repeti poteſt, niſi quod prius datum eſt ab eo, qui condicit. *L. ſi militem*, *C. de cond. ob cauſ. L. 1. D. de cond. ſine cau. L. 1. L. indebiti*. §. 1. *D. de cond. ind.* At hic proprietarius, qui omiſit cautionem, hanc cautionem fructuario non dedit. Sed nec ei remiſit. Alioqui contra remiſſionem non recte repeteret. *L. pactum. D. de pact.* Quæ igitur poteſt eſſe condictio & repetitio eius rei, quæ data non eſt? Et fatendum eſt, ſtipulationem hanc a proprietario initio omiſſam, non poſſe recta condici ullo modo ab eo, qui eam non dedit, nec remisit. Sed quæ non poteſt condici recta, hanc obliqua via recte condicet proprietarius. Condicet enim rem ipſam, quam dedit, condictio-

dictione ob cauſſam cauſſa non ſecuta. Dedit enim fruendi cauſſa, id eſt, ita eam habendi: ut fructuarius in ea re omnia faceret, quæ ad fruendi cauſſam pertinent. Inter quæ eſt unum ex multis, ut præſtet cautionem fructuariam. Quapropter hac cautione non interpoſita, verum eſt rem datam eſſe ob cauſſam, & cauſſam ſecutam non eſſe. Unde condictio ob cauſſam, & huic adiuncta condictio ſine cauſſa. *L. 1. D. de cond. cau. dat. cau. non ſec. L. 1. D. de cond. ſine cau.* Hac condictione etſi recta condicitur res ipſa fructuaria: tamen vi ipſa conſequitur proprietarius cautionem, quam petit. Mallet enim fructuarius cavere, quam rem fructuariam amittere. Inde dicitur non male etiam hic cautionem condici, quam per condictionem conſequimur.

IX. Atque hæc remedia ſunt ei proprietario, qui uſumfructum alii conſtitutum concedens, onera fructuario iniuncta exigat. Quod ſi quis neget plane uſumfructum ſe debere: etiam huic conſultum eſt actione propoſita, qua ultro experiri poſſit adverſus eum, qui uſusfructus controverſiam faciat. Ea eſt actio negatoria: actio altera de uſufructu, & ſervitutibus, prodita domino neganti ſe ſervitutem debere. *L. 2. D. ſi ſer. vind. L. pen.* in pr. §. *ult. D. ſi uſusf. pet.* Principio tamen obſtabat huic actioni id, quod eſt in ead. *L. pen.* in pr. ſic enim ſcriptum eſt, de ſuo non de alieno iure quemque agere oportere, id eſt, unumquemque ita debere agere, ut intendat rem aliquam ſuam eſſe, ius aliquod ſuum: non etiam ita poſſe, ut tantum neget ius aliquod adverſario competere. Atqui in actione hac negatoria contra fieri videtur: quippe quæ conſtituta ſit, ut negemus uſumfructum vel aliam ſervitutem adverſario deberi. Huic obiectioni occurrens Ulpianus ait, quamquam negatoria domino competat adverſus fructuarium; magis tamen eum de iure ſuo agere videri, quam alieno, cum invito ſe, negat ius eſſe utendi fructuario, vel ſibi ius eſſe prohibendi. Quod habet hanc ſententiam: verbis quidem de alieno iure agere videri eum, qui negat ius aliquod alii competere. At cum addit non competere invito ſe, ſeu ſe ius prohibendi habere, hoc ipſo de iure ſuo agit, vindicans & aſſerens libertatem & ius rei ſuæ. Et hoc dicit: res mea ab uſufructu & ſervitute libera eſt; ex quo mihi ius eſt te prohibendi, ne in re mea verſere, aut quid facias. *L. 4. §. competit. D. ſi ſer. vind.*

X. Competit hæc actio [a] domino proprietatis, ſive poſſideat rem, in qua uſusfructus controverſiam patitur, ſive poſſideat alius, qui ſibi in ea re uſumfructum vindicet: ut & poſſidenti detur, & non poſſidenti ſimiliter ut confeſſoria. *L. 1. §. 1. §. ult. D. ſi uſusf. pet.* Competit igitur & adverſus eum, qui domino poſſidenti in re ſua uſusfructus controverſiam facit. *d. L. pen. §. ult.* Petitio & finis actionis hic, ne dominus proprietatis amplius uſusfructus nomine inquietetur, ut eſt in *d. L. pen.* in fin. *D. ſi uſusf. pet.* id eſt, ut ſive res ex ea cauſſa poſſidetur ab alio, reſtituatur: ſin ille tantum poſſidenti vim & controverſiam facit, vim facere deſinat officium iudicis in pronuntiatione cum ad declarationem iuris actoris, tum ad reſtitutionem rei & fructuum, & æſtimationem damni, ſi quod ab adverſario datum eſt idem, quod in actione confeſſoria, ut declaratur in *d. L. pen. §. 1. §. pen. & ult.* de quo ſatis ſupra dictum eſt *huius Libri Cap.* 12.

CAP.

a) An & poſſeſſori? Ita putat Hotom. 5. *Obſ.* 2. delens vocalam *fructuarius* ut irreptitiam in *d. L. pen. in fin. pr.* ut ſenſus ſit negatoriam non tantum proprietario concedi, ſed & poſſeſſori, licet nec ipſe (poſſeſſor) habeat uſumfructum ex regula; In pari cauſſa poſſeſſor potior. Male ſtatuitur ibi quod quando fructuarius, verus vel putativus, eſt in poſſeſſione, ſi alius quam dominus agat negatoria, fructuarium contra eum tutum eſſe beneficio poſſeſſionis, licet non edoceat de iure hoc, uſufructu videlicet ſibi conſtituto. Quæres Num & pro aliis iuribus extra ſervitutes dentur actio confeſſoria & negatoria? Ita volunt DD. quos refellit Coraſ. *ad L. 16. de ſerv. n. 9. &* Vaud. 2. *Q.* 27.

C A P. X V I.

Amitti uſumfructum tribus his modis; Soluto iure auctoris: Lege ipſa conſtituti uſusfructus: Et ſua ipſius natura. Ac de duobus prioribus.

Coutinuatio, atque ordo. I.
Tres eſſe cauſſas præcipuas, totidemque modos amittendi uſusfructus: quæ illæ, & unde naſcautur. II.
Naſcitur prima cauſſa amittendi uſusfructus ex iure auctoris, ſeu domini ex autiquiore cauſſa ſoluto. Cuius elegans ſpecies exponitur. III.
Secuuda ex lege conſtituti ad certam diem & conditionem uſusfructus. IV.
Couſtitui ad certam diem & conditionem, quemadmodum & ex die & ſub conditione uſusfructus poteſt: minime vero cæteræ ſervitutes & obligatioues aliæ. Quæ differentiæ ratio. V.
Uſufructu alicui couſtituto, donec filius eius pubeſcat; aut furioſus redeat ad ſanitatem; an illius morte ſtatim fiuiatur uſusfructus; au duret, & quaudiu. L. ambiguitatem, C. de uſufr. *ſumma exponitur, & illuſtratur.* VI. VII.

I. QUomodo conſtituatur uſusfructus: conſtitutus quid iuris tribuat fructuario, quid proprietario relinquat, tum quæ utrique remedia ſint eius iuris obtinendi cauſſa, hucuſque diximus. Utcumque hæc ab initio recte cœperint: hactenus tamen ſunt omnia, donec uſusfructus perſeverabit. Hoc amiſſo, una cum uſufructu deſinunt. Reſtat igitur ad rectam conſtitutionem huius iuris illud tertium ex tribus propoſitis, ut videamus, si amitti & finiri poteſt uſusfructus, quomodo amittatur.

II. Et quod in cæteris rebus, idem etiam in uſufructu ſervatur, ut amittatur & ipſe ſuis quibuſdam modis, & quidem hic maxime præter cætera, ne in univerſum inutiles sit proprietates ſemper abſcedente uſufructu. §. *ne tamen, Inſtit. de uſufr.* Amittendi cauſſæ ſummæ tres, ac totidem amittendi modi ſummi. Ducuntur enim aut ex iure auctoris; aut ex lege conſtituti uſusfructus; aut ex ipſa uſusfructus natura.

III. Ex iure auctoris idem accidit in uſufructu, quod in reliquo omni iure a domino conſtituto accidere ſupra diximus, ut eo iure ex antiquiore cauſſa ſoluto, ſolvatur & ius utendi fruendi ei, qui accepit. Ex cæteris cauſſis hoc ita ius eſt. *L. lex vectigali, D. de pignor. L. & poſt,* 12. §. 1. *D. fam. erc.* Omninoque ita ſe habet omnis alienatio, ut ea cum fit, ſemper cum ſua cauſſa fieri intelligatur, quæ futura eſſet, si res manſiſſet apud eum, qui rem aliquam, aut quid iuris ex re in alium tranſtulit, ſcilicet ut nemo plus iuris in alium transferat, quam habuerit. *L. alienatio, D. de coutr. empt. L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus, D. de reg. iur.* Valeat igitur & hoc ius in uſufructu. Ut in hac ſpecie: Legatus eſt ſundus Titio ſub conditione? Hac pendente habet heres plenam ſundi proprietatem, ideſt, uſumfructum cum proprietate coniunctum; ut poſſit is per id tempus uſumfructum alii legare. Finge legaſſe. Erit quidem interim recte conſtitutus uſusfructus, ut ab eo, qui conſtituendi ius habuerit. Sed ſi legati Titiani conditio extiterit: quemadmodum uſusfructus aut fundus ipſe totus ad Titium incipit pertinere, ſic uſusfructus ab herede, etiam ſi viveret, recedit: & ut recederet ab eo, ſic conſequens eſt, recedat ab eo fructuario, qui ab eo uſumfructum accepit. Traditum in *L. ſi ſub conditione, D. quib. mod. uſuf. amit.*

IV. Lege conſtituti uſusfructus ipſe amittitur, cum nominatim hac lege conſtitutus eſt, ut certo tempore finiretur. Quod fit, cum conſtitutus eſt ad diem, aut conditionem. Servitutes prædiorum neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem conſtitui poſſunt. *L.* 4. *D. de ſervit.* uſumfructum contra ut ex die, *L.* 4. *D. de uſuf.* ſic ad diem & ad conditionem conſtitui poſſe placuit. *L.* 1. §. *ult. D. quan. di. uſusf. leg. ced. L. & puto,* §. *uſusfructus, D. fam. erc.* ut, lego Titio uſumfructum, donec ad pubertatem pervenerit: lego uxori, donec illi dotis nomine ſatisſactum erit: atque

his

Digitized by Google

his modis ita, ut cum dies venerit, aut conditio exſtiterit, uſusfructus [1] ipſo iure finiatur. *L. ſi pater, C. de uſufr. L. cui uſusfructus, D. de uſufr. leg.*

V. Atqui quod merito contrarium videatur, conſtanter traditum eſt, ad tempus obligationem conſtitui non poſſe, ſicut nec legatum: ut ſi quid ad diem vel conditionem promiſſum, legatumve ſit, nec tempore nec conditione finiri obligatio poſſit ipſo iure: tametſi contra conventionem aut voluntatem defuncti petenti exceptione occurratur. *L. obligationum*, verſ. *placet, D. de obl. & act. L. nemo, 55. D. de leg.* 1. Sed hæc definitio ad uſumfructum non pertinet, & generaliter ad eas res, quæ poſt diem non ſunt in rerum natura. Tunc enim proprie dicenda eſt obligatio tempore aut conditione finiri, cum poſtquam dies venit, aut conditio extitit, res ante deberi cœpta manet, & nihilominus poſt tempus deberi deſinit: ut ſic vere dicatur obligatio tempore finiri, quia ſolo tempore finiatur. Quod ſi poſt id tempus res ante debita non extet; ut nihil eſt certius, quam eam rem amplius deberi non poſſe, ſi ſine culpa debitoris perierit; *L. ſi ex legati, L. ſi ſervum, §. ſequitur, D. de verb. obl.* ita quominus id retineatur, non obſtat ſuperior conſtitutio veterum, quoniam re ſimul cum tempore hoc modo extincta, non finitur obligatio tempore, ſed interitu rei debitæ. Non eſt conſtituta obligatio ad tempus, ſed eo uſque donec quod promiſſum legatumve eſt, extaret: interitura etiam prius, ſi prius res interiiſſet. At ex hoc genere rerum eſt uſusfructus ad tempus aut conditionem conſtitutus. Amittitur is poſt tempus & conditionem exſiſtentem: non tamen quia finitur tempore, id eſt, tempore ſolo; ſed quia prius ipſe in rerum natura eſſe deſinit ſine facto & culpa proprietarii. Quæ res facit, ut ex regula perpetui iuris deberi deſinat. Sciendum eſt enim uſumfructum conſiſtere in fruendo, id eſt, in facto eius, qui utitur fruitur. *L.* 1. in pr. *D. quand. di. uſusfr. leg. ced.* Facta poſtquam perfecta ſunt, natura eſſe deſinunt, & quidem ita, ut natura revocari non poſſint. Hinc naturam uſusfructus hanc eſſe placuit, ut cum uſusfructus conſtituitur, videatur ſingulorum dierum ſuus eſſe uſusfructus, qui quotidie finiatur, ac finitus conſtituatur. *L.* 1. *§. pen.* in fin. *D. de uſufr. accr.* Quamobrem cum uſusfructus ad diem conſtitutus eſt, præteritus quidem poſt eum diem amplius deberi non poteſt, quia eſſe deſiit: ſequentis autem temporis uſusfructus ideo non poteſt deberi, non quia finitus ſit, ſed quia non ſit conſtitutus. Recte igitur dicemus cæteras res fruſtra ad tempus aut ad conditionem conſtitui, ut poſt tempus omnimodo non debeantur, quia poſt tempus poſſint exſtare: exſtantes, non poteſt, quin perpetuo debeantur, quæ ſemel deberi cœperunt. Uſumfructum contra ideo ſic ad diem recte conſtitui, ut poſt diem non debeatur; quia poſt diem ille ipſe uſusfructus non ſit futurus, qui conſtitutus fuerat. Non poteſt autem amplius deberi res, quæ eſſe deſiit.

VI. Hoc iure poſito de uſufructu, quæſitum eſt in quibuſdam huiuſmodi temporis adiectionibus de voluntatis conſtituentium interpretatione, & quando in his finiatur uſusfructus. Quod contingit, cum uſusfructus conſtitutus eſt ad tempus, quod alius impleret, & is priuſquam ad id perveniret, deceſſit. Quæſitum, an quia non pervenit, & certum eſt eum pervenire non poſſe, ſtatim morte eius finiatur uſusfructus, an vero duret, & ſi durat, quandiu duret; utrum ad certum aliquod tempus, an vero quandiu fructuarius vivet contempto omni tempore, ad quod ille alius pervenire potuerit. Exempla hæc ſunt. Legavit teſtator uxori ſuæ uſumfructum, donec filius eius ad pubertatem pervenerit, vel legavit donec filius furioſus in furore manſerit, aut quod idem eſt, donec furioſus ad ſanam mentem redierit.

VII. De quo exſtat Iuſtiniani conſtitutio in *L. ambiguitatem, C. de uſufr.* ad hanc ſententiam. Si filius ad pubertatem pervenerit, aut vivus reſipuerit, ſine dubitatione finiri uſumfructum, quia extiterit id tempus, ad quod relictus uſusfructus fuerat. Sin filius ante, quam perveniret ad pubertatem, aut ante, quam reſipiſceret, deceſſerit: non ideo morte eius finiri uſumfructum, ſed vivo fructuario durare, cum appareat teſtatorem non ad vitam iſtius extranei, ſed ad certa curricula temporis reſpexiſſe. Durare autem in hac ſpecie uſumfructum non uno modo. Intereſſe enim, utrum certum tempus præſtitutum ſit, ad quod filius perveniret: ut in priore exemplo: an incertum,

1) Ut nulla actio negatoria ad excludendum fructuarium opus ſit. Proinde fructus poſtea percepti ſtatim fiunt proprietarii *d. L.* 5. *C. de uſufr.* Hinc apud Paul. 3. *Sent.* 6. §. 38. non amitti dicitur tempore, ſed finiri. Hotom. ad *d. L.* 5. Mortuo autem ante diem fructuario, cauſſam utendi fruendi heredi quoque ad temporis illius finem concedi vult. Hotom. ad *L.* 10. *C. de uſuf.* Quomodo finiatur uſusfructus patris legitimus, vid. Scip. Gent. *de bon. mater. C.* 7.

& ex conditione pendens, ut in poſteriore Si certum: uſumfructum, qui relinquitur in perſona fructuarii, ultra id tempus non durare; quia certum ſit, quod tempus teſtator præſtituerit legato finiendo. Si incertum; placere mortuo filio, omnique alio extraneo, in cuius perſonam id tempus collatum eſt, uſumfructum in perſona fructuarii perpetuum eſſe, quamdiu ille vivet. Non obſtat, quod fieri potuit, ut quanvis filius ille aut extraneus alius quivis viveret, non tamdiu maneret in furore, quamdiu viveret fructuarius, ſed vivo adhuc fructuario impleretur conditio, ad quam uſque relictus erat uſuſfructus. Hoc enim certum non eſt futurum fuiſſe. Et contra fieri potuit, ut tamdiu maneret in furore, nec ante mortem fructuarii conditio impleretur. Utrum horum eventurum fuerit, cum ſit in incerto, recte Juſtinianus ait ſe prius elegiſſe. Quæ eius ratio eſt in *d. L. ambiguitatem*, in verſ. pen. & ult. Quippe in dubiis benigniora præferenda ſunt. *L. ſemper in dubiis*, *D. de reg. iur.* Ea autem ſententia benignior, quæ tuetur quam longiſſime defuncti voluntatem. *L. cogi.* 16. in pr. illic, *in ambiguo tamen. D. ad Treb. L. in teſtamentis. D. de reg. iur.*

C A P. XVII.

Natura ſua uſumfructum amitti aut ex perſona fructuarii; aut ex re, in qua eſt uſusfructus; aut ex uſusfructus cum proprietate coniunctione. Ex perſona fructuarii tribus modis; Morte eius; Capitis deminutione; & Non utendo. Ac de his tribus.

Natura tribus modis nſusfrnctus amittitnr; & qni ſint eiuſmodi. I.

Ex perſona utentis amittitur. Et hoc tribus modis efficitur. II.

1. *Fructuarii morte. Et quare; probe Ulpiani ratio explicata.* III.

Quid ſi diutiſſime viventi Civitati relinquatur: an valeat uſnsfructus; & qno tempore definiatur illius nſus IV.

Quid ſi proprietas alieni legata ea lege, ut uſusfructns apud heredem maneat; an heredis appellatione, omnes perpetuo ſncceſſuri intelligantur. Et quomodo defnncti volnntatem explicat Iuſtinianns. V.

2. *Capitis deminutione maxima & media, non minima ex iure Iuſtinianeo.* VI.

3. *Non ntendo, per modnm & tempns legibus conſtitutnm. Quotuplex non utendi modns & qui.* VII. VIII.

Non ntitnr qni nec per ſe, nec per alium utitnr frnitur. IX.

Per alium nti frui qnot quiſque de cauſis dicatur; & quæ ex his cauſis valeant ad retinendum uſumfructum, etiam ſi alius qni frnctuarii nomine poſſidet, non utatur. X.

Definitio iſta: fructuarius quandiu pretio aut mercede fruitur venditi aut locati uſnsfructus, re videtur uti & ipſum retinere uſumfructum, qua diſtinctione temperanda; diſtinctionis ratio accurate expoſita. XI.

Qui non utendo amittitur uſnsfructus, an totns ſemper; an vero pro parte dnmtaxat, qua quis non eſt nſus, amittatur. XII.

Si cui legatns uſusfructns ita, ut hic alteri debeat reſtitnere: ex cnins perſona amiſſio uſusfrnctns æſtimanda iure veteri: *legatarii; an fideicommiſſarii. Et quid ex inre Iuſtinianeo.* XIII.

In amiſſione uſusfrnctns ſervo relicti, ant filiofamilias, & per eos patri vel domino inre quæſiti, cuiuſne, ſervi, & filiifamilias; an domini, aut patris ſpectanda perſona. Qnid de ntroque ſtatnerit Iuſtinianus. XIV. XV.

An recte voluerit Imperator uſumfructum per filinm patri qnæſitnm poſt huius mortem ad filinm redire tamqnam proprium: & de quo uſufrnctu accipi debeat Iuſtinianea conſtitutio. XVI. XVII.

Cur in donatione revocanda morte donatarii, placeat ſervi & filii; non domini & patris ſpectari perſonam. Quæ differentiæ ratio. XVIII.

I. NAtura ſua amittitur uſusfructus, cum neque in perſona conſtituentis, neque in conſtitutione ipſa ſervitutis quidquam eſt, quominus uſusfructus

ſit

Digitized by Google

ſit perpetuus: ſed recte conſtitutus ab initio, poſt deinde rebus ad factum utendi neceſſariis deſtituitur: puta perſona utentis, re fructuaria, uſusfructus a proprietate ſeparatione. Nam ſine his uſus perſonæ in re aliena eſſe non poteſt. In hoc autem facto perſonæ uſusfructus conſiſtit. *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. di. uſusfr. leg. ced.* Sic ſit, ut natura ſua amittatur uſusfructus aut ſubducta perſona utentis; aut re fructuaria ſublata; aut uſufructu cum proprietate coniuncto.

II. Subducitur utentis perſona, cum aut eſſe deſinit, qui deinceps utatur fruatur: quod fit morte fructuarii, vel capitis deminutione; aut is ſe uti nolle facto ſuo oſtendit, quod ſit per conſtitutum utendi tempus non utendo: Ita etiam ex perſona fructuarii, naturæ uſusfructus convenienter, amittitur uſusfructus tribus modis; [1] morte fructuarii, capitis deminutione, negligentia utendi, ſeu non utendo. *L. corruptionem* in pr. *C. de uſufr.* §. *finitur*, *Inſt. eod.*

III. Morte amitti uſumfructum, inquit Ulpianus, non recipit dubitationem. Addit rationem, cum ius fruendi morte extinguatur; ſicuti ſi quid aliud, quod perſonæ cohæret. *L. ult.* §. *ult. D. quib. mod. uſufr. amit.* Videatur fortaſſe hæc eadem ratio eſſe cum propoſitione: quandoquidem nihil aliud eſt ius fruendi, quam uſusfructus: nec aliud uſumfructum morte amitti, quam uſumfructum morte extingui. Sed non ſunt hæc eadem. Dixit enim ἐνεργητικῶς ius fruendi, non ut exprimeret uſumfructum, quem prius nominaverat; ſed ut ſignificaret id ius tale eſſe, quod ſit in fruendo, ideſt, in faciendo poſitum. Hac vero ratione recte colligit uſumfructum morte amitti. Facta enim in alicuius perſonam collata, perſonæ cohærent, nec perſonam egrediuntur. §. *ſed cum factum*, *Inſt. de ſtip. ſerv.* Proinde & uſusfructus atque uſus, ideſt, ſervitutes omnes perſonales, quando hæ in utendo fruendo, ideſt, faciendo, conſiſtant. Quod ſi ita eſt, etiam eas, ut omnia, quæ perſonæ cohærent, morte extingui neceſſe eſt. Quod & generaliter traditur in *L. non ſolum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Nec unquam aliter fit, niſi nominatim comprehenſi ſint heredes, de qua exceptione poſtea.

IV. Poſtquam igitur uſusfructus proprium eſt, ut finiatur morte, quid fiet, ſi iis relictus erit, qui mori non poſſunt, puta [2] civitati aut municipibus? Utrum uſumfructum non valere dicemus, quia ſit contra naturam uſusfructus conſtitutus: an vero valere, quanvis ſit perpetuus, ut voluntas teſtatoris etiam contra conditionem uſusfructus ſervetur ex lege duodecim tabularum? *L. verbis legis*, *D. de verb. ſig.* Et placuit uſumfructum valere ex voluntate teſtatoris. Neque ideo contra naturam uſusfructus eſſe perpetuum, ſed ita temperandum, ut morte quoque finiri videatur; non ſane morte civitatis, quæ mori non poteſt: ſed tanto tempore huic ſpeciei præfinito, quanto viveret homo etiam [3] longævus. Et quoniam hoc tempus ſummum eſſe ſolet centum annorum (nam longius eſſe non ſolet, niſi raro: ad ea autem ius non aptatur, quæ raro eveniunt. *L.* 3. & ſeqq. *D. de legib.*) placuit etiam tempus centum annorum hic eſſe obſervandum, ut tandiu, non diutius, tuendi ſint in uſufructu ſibi conſtituto municipes. Hoc in *L. an uſusfructus*, 56. *D. de uſuf. L. ſi uſusfructus*, *D. de uſuf. leg.* Sane ſi civitas ante id tempus ita [4] deleta ſit, ut placeret amplius civitatem non eſſe, quod olim contingit Carthagini a Romanis: quaſi morte deſinet exinde habere uſumfructum. *L. ſi uſusfructus civitati*, *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Itaque quanvis poſtea reſtituta, non recipiet uſumfructum ſemel extinctum: quia hæc alia civitas eſt, quæ eſt reſtituta. *arg. in L. quid tamen*, §. 1. & §. *in navis*, *D. quib. mod. uſusf. amit.*

V. Quæſitum eſt etiam hoc loco eadem iſta de cauſſa, ſi proprietas alicui legata

1) Ipſo iure, ut non neceſſaria ſit reſtitutio, ſed dominus naturalem poſſeſſionem propria auctoritate accipere poſſit. Io. del Caſtillo *de Uſuſ. C.* 61. fuſius de hac amiſſione tractans.

2) Idem eſt ſi Eccleſiæ relictus. Beuſt. *ad L.* 11. §. *item* 2. *D. de Iureiur. n.* 11. P. Buſius *ad L.* 21. *h. t. n.* 2.

3) Longiſſimæ vitæ hominum tempus *L.* 23. §. 1. *C. de SS. Eccleſ.* longiſſimum ſpatium ſeneſcendorum hominum, Cuiac. 15. *Obſ.* 22. vid. Hotom. 8. *Obſ.* 10. Goth. *in not. ad d. L.* 23. §. 1.

4) Aratro inducto. Aratri inductione & in fundandis urbibus veteres uſi, *L.* 239. §. 6. *de V. S.* Nic. Perott. *Cornucopia in Martial. Epig. p. m.* 134. P. Greg. 1. *de Rep.* 2. Ræv. 2. *Coniect.* 7. Sc. Gentil. *Orig. Lib. ſing. p.* 393. *& ſeq.* & in ſubvertendis,

Horat. 1. *Od.* 16.

. . . . *Imprimeretque muris*
Hoſtile aratrum exercitus inſolens.

Seneca 1. *de Clement. Inſicere tectis ignem, aratrumque vetuſtis urbibus inducere.* P. Fab. 1. *Semeſtr.* 8. Ræv. *d. lo.* Balduin. *ad* §. 3. *I. de Uſufr. n.* 4. P. Greg. 4. *Synt.* 5. *n.* 15. Parlador. 1. *Rer. quotid.* 21. *n.* 4. Patrum noſtrorum ætate, more a Iudæis ducto, ſuper everſæ urbis ſola ſal ſpargi ſolitum. Quod paſſa legitur Mediolanum. Sal enim ſymbolum ſterilitatis & inopiæ rerum omnium. Scip. Gentil *d. loc. p.* 394. Non vero erroris argui debuit Modeſtinus a Bodino 1. *de Rep* 6. *p. m.* 80 quaſi civitatem non in iure, ſed in mœniis ac ædificiis conſiſtere putaverit. Non conſiſtit in mœniis civitas, ſolo tamen illis & ædibus æquatis deſinere civitatem neceſſe eſt.

gata ſit nominatim ita, ut uſusfructus maneret apud heredem, valeatne huiuſmodi relictum, an non valeat; quia in propoſito videretur uſusfructus conſtitui perpetuus, quod ipſum in uſufructu eſſet contra naturam uſusfructus: in proprietate autem, huius legatum inutile redderet. Nam illa verba, ut uſusfructus apud heredem maneat, hoc efficiunt, ne unquam morte fructuarii finiatur: cum primo herede decedente locus fiat eius heredi, & deinceps huius quoque heredi, & in infinitum heredum heredibus. Heredis enim appellatione omnes hi continentur. *L. heredis appellatio*, *L. heredis appellatione*, *D. de verb. ſign.* Iuſtinianus veterum de hac ſpecie dubitationibus ſilere iuſſis, conſtituit valere relictum. Id autem ut recte fieret, ſic legatum eſt interpretatus, ut iuberet uſumfructum conſiſtere in [5] perſona tantum primi heredis; cuius non tantum morte, ſed & capitis deminutione, & negligentia amitteretur. *L. antiquitas, C. de uſufr.* In quo voluntatem defuncti ſecutus eſt, non verba. Hæc enim teſtatoris mens fuit, ut legatum & uſusfructus valerent, ſi non per omnia, ut verba ſignificant; at ſaltem quatenus poſſent. Et in ambigua voluntate teſtatoris ſemper id agendum, idque ipſum ex ſententia eſſe videtur teſtatoris, ne legatum intercidat. *L. cogi*, 16. in pr. illic, *in ambiguo. D. ad Treb.* Sic autem conſervatur in propoſito legatum, ſi non omnes heredes accipiantur in infinitum. Quod ſi aliquos ſumi oportet, unum oportuit, non plures. Nulla enim cauſſa eſt, cur quod pluribus tribuitur, non tribuatur ex æquo omnibus. Unum ſi accipi volumus, hunc primum intelligi oportuit, non ſequentes, ne res ad ſequentes perveniens incidat in ſuperiorem difficultatem. Quod & in illa ſtipulatione, Calendis dabis? Eadem illa ratione receptum eſt. Nam cum hic aliquas Calendas neceſſario intelligi oporteat, placuit unas accipi debere, & eas primas, ne alioqui plures accipiendo, aut remotiores, abeat res in infinitum, atque hoc modo fiat ſtipulatio inutilis. *L. eum qui Calendis, 41. D. de verb. obl.*

VI. Capitis [6] deminutione fructuarii amittitur uſusfructus, olim quidem maxima, media & minima: de quibus generibus eſt in *Inſt. de cap. dem.* & ſuo loco ſupra attigimus *Lib. 3. Cap. 14.* nunc autem ex conſtitutione Iuſtiniani ſolum [7] maxima, & media. *L. corruptionem, §. ult. C. de uſuf. §. finitur, Inſt. eod.* Quod quidem ita conſtitui ſuperiori modo conſequens fuit. Nam & his capitis deminutionibus mors quædam civilis contingit, dum prior libertatem aufert, poſterior libertate ſalva civitatem: illa liberorum omnium, hæc civium numero hominem eximit. *L. ult. D. de cap. min. §. cum autem Inſt. quib. mod. ius patr. pot. ſol.* ut ſic pariter utraque capite minutum tam e civium numero tollat, quam ſi is natura deceſſiſſet. Inde dictum, quod ad ius civile attinet, ſervos pro nullis haberi. *L. quod attinet, D. de reg. iur.* &, deportatos (quorum media capitis deminutio eſt) mortuorum loco habendos. *L. 1. §. pen. D. de bon. poſ. contr. tab.* Nulla eiuſmodi mortis ſpecies in capitis deminutione minima: ut cum per hanc non ſubducatur ullo modo de medio perſona fructuarii; merito conſtituerit Iuſtinianus nihil eſſe, cur ea capitis deminutione ſimiliter ut ſuperioribus uſusfructus interiret.

VII. Non utendo [8] amittitur uſusfructus tribus modis. Primum ſi fructuarius in totum

5) In re ſui natura non tranſitoria ad heredes appellatio heredis continet ſolum primum heredem, Tiraq. *tr. Le mort ſaiſit le viſ. p. 4. Declar. 4. n. 2.* add. Gæd. *in L. 65. de V. S. n. 7.* Balduin. *in §. 3. I. h. t. n. 7.*

6) An & ſpirituali, profeſſione monaſtica? Neg. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 1. n. 47. & ſeqq.* Caſtillo *de Uſufr. C. 64.* Diſſent. Covar. *in C. 1. extr. de teſt. n. 14.*

7) Olim tamen omni etiam minima, quia leges Digeſtorum generatim & indiſtincte loquuntur *L. 1. pr. & §. 2. L. 3. L. 14. h. t. L. 23. L. 20. de Uſ. leg.* & hoc aperte ſcribit Paul. *3. Sent. 6. §. 34.* vid. Io. del Caſtillo *de Uſufr. C. 66.* Amittitur autem ſic ſive iure civili conſtitutus, ſive tuitione prætoris *L. 1. pr. h. t.* Licet enim is nullus videatur, tamen abſurdum ob id difficilius amitti, quod infirmior, nulloque iuris vinculo ſubnixus, ait A. Fab. 65. *Err. Prag. 2.* Qui & *ibid. d. L. 1. pr.* emendans, pro *traditus quoque* legit *traditus quomodocunque*, id eſt ex quacunque cauſſa, ſive iure civili *probata* & cognita, ſive non. Errorem ortum vult ex contractiore ſcriptura, *quoque*. Alias ſequeretur, inquit, traditum uſumfructum non conſtitui niſi per tuitionem prætoris. Atqui & verus uſusfructus traditur, inducto fructuario in poſſeſſionem & patientia præſtita *L. 3. pr. de Uſuf.* Quæ non probo. Neque enim ex vulgata lectione ſequitur traditum uſumfructum ſuſtineri a prætore, ſed per traditum intelligitur verus, meri iuris vinculo ſubnixus. Nam quia in verſ. *& parvi*, dixerat IC. nullum eſſe, quoad hanc amiſſionem, diſcrimen inter ius civile & prætorium, conveniens fuit in verſ. *proinde*, adferri exempla utriuſque uſusfructus. Exemplum igitur Civilis adfert in tradito; prætorii in fundo vectigali vel ſuperficiario impoſito. Neque quod Faber vult, maior dubitatio in prætorio quam civili, ſed in hoc quam illo, ut conſtructio ſermonis convincit. Perinde enim eſt ac ſi dixiſſet tam iure conſtitutus quam tuitione, vel non minus civilis quam prætorius. Sane quia Civilis firmiori innititur vinculo, iuſte poterat videri perſeverantior. Quæ autem eſt illa ratio dubitandi de prætorio, & maior quam in civili, a Fabro allata? Quia amitti non poſſe videtur, qui nullus intelligitur. Immo vero intelligitur, prætoris interpretatione, & quatenus intelligitur, catenus perit. Sane vel ideo Fabri correctio & expoſitio inconveniens: quod ſi dixiſſet IC. traditum *quomodocunque*, id eſt, ex quacunque cauſſa, ſive iure Civili ſive prætorio probata, non debuit ſubiicere, *item*, *&c.* Quæ vocula arguit ſpeciem ſequentem in præcedenti non contineri, alias neceſſaria vocula *veluti*, vel ſimilis.

8) Vid. Io. del Caſtillo *de Uſuf. C. 67.* ubi & tractat quando actio perſonalis pro uſufructu conſtituendo competens perimatur.

tum non utatur neque hoc, neque illo modo. De quo nemo poteſt dubitare ſi verum eſt, ut eſt, uſumfructum non utendo amitti. *d. L. corruptionem*. Tum enim maxime dicitur quis re non uti, cum omnino non utitur. Secundo, ſi non utatur per modum, ut eſt in *d. §. finitur, Inſt. de uſufr.* id eſt, non ad eum modum, qui utenti in conſtituendo uſufructu præſtitutus eſt. Ut puta, legatus eſt uſusfructus ædium Titio ita, ut æſtate habitaret. Habitavit hieme. Non videtur uſus, qui ad ſuum modum uſus non eſt. Idem eſt, ſi ſilvæ uſusfructus legatus ſit alicui, ut certo tempore silvam cæderet, aut certo modo; & alio tempore, aut alio modo cæciderit. *L. 2. D. de aq. quot. & æſt. L. ſi communem, §. 1. L. is cui, ſeq. D. quem. ſerv. amitt.* Tertio modo, ſi fructuarius uſus quidem ſit, ſed uſus tantum, dum ignorat uſumfructum ſibi conſtitutum & uſum tantum ſe habere exiſtimat. Non enim, inquit Paulus, ex eo, quod habet, utitur, ſed ex eo, quod putavit ſe habere. *L. is qui. D. quib. mod. uſusfr. amit.* Non putavit autem ſe habere uſumfructum: quapropter nec eo uti voluit. Plane ſi quis ſciens ſe uſumfructum habere, tantum uti velit, idem ait nihilominus eum & frui videri. *d. L. is qui.* Scilicet quia utitur ut fructuarius, qui utitur ſciens ſe habere uſumfructum.

VIII. Sed his omnibus modis non utendo amittitur uſusfructus, ſi non ſit uſuſfructuarius per tempus. Sic enim verba ſunt in *d. §. finitur, Inſt. de uſufr.* finiri uſumfructum non utendo per modum & tempus. Ubi intelligere debemus, tempus conſtitutum, intra quod ſi quis uſus non ſit, placeat amitti uſumfructum. Id tempus olim brevius ut in uſucapione vetere: nunc revocatum conſtitutione Iuſtiniani ad tempora ab eo ipſo uſucapioni præſtituta. Sic enim ipſe definit in *L. corruptionem*, illic, *niſi talis exceptio, C. de uſufr.* non utendo non amitti uſumfructum, niſi talis exceptio uſufructuario opponatur, quæ etiam ſi dominium vindicaret, poſſet eum præſentem, vel abſentem excludere. Hæc exceptio eſt, quæ acquiritur uſucapienti, & re uſucapta priorem dominum vindicantem removet. Scimus autem ex alia eiuſdem principis conſtitutione, quæ ſint tempora uſucapioni, & ſimul huic exceptioni præſtituta: triennium nimirum eſſe in rebus mobilibus; in rebus autem ſoli decem annos inter præſentes, viginti inter abſentes. *L. unica, C. de uſuc. transfer.* Quapropter & eadem tempora in hac amiſſione accipere debemus. Ut ſcilicet ita his modis pereat non utendo uſusfructus, ſi fructuarius re mobili non ſit uſus triennium totum; immobili decem annos inter præſentes, viginti inter abſentes. Quo iure poſito, reſtat ad omnem huius partis amiſſionem, ut quæratur, quis non ſit uſus.

IX. Et is non uti intelligitur, non qui per ſe uſusfruitus non eſt: ſed qui nec per ſe, nec per alium. Sic enim eſt ius fructuarii, ut non ſolum poſſit ipſe per ſe frui re fructuaria, ſed etiam per alios.

X. In hoc numero ſunt primum si quis negotium eius gerens utatur fruatur: deinde ſi qui ſint, quibus rem fruendam conceſſerit, vel pretio, dum uſumfructum vendit; vel mercede, dum locat; vel gratis, dum donat, aut concedit precario. *L. non utitur, 38. L. arboribus, 12. §. uſufructuarius, D. de uſufruct.* Per emptorem uſusfructus, conductorem, donatarium quin videatur uti fructuarius, & uſumfructum retineat; ſiquidem ſuperiores illi utantur, nulla dubitatio. Si ipſi non utantur, an amittat uſumfructum, dubitatum eſt, quia tum nemo videatur uti, nec ipſe, nec eius nomine alius. Sed hic diſtinguitur in *d. L. non utitur, 38.* in fin. & 2. ſeqq. *D. de uſufr.* ut si quidem fructuarius donaverit uſumfructum, non alius retineat, nisi donatarius utatur; quia tum vere dicatur nihil eſſe neque in perſona fructuarii, neque in perſona alterius, propter quod dici poſſit fructuarius re fructuaria uſus eſſe. Quod si uſumfructum vendiderit, videatur uſumfructum retinere, etiam si emptor non utatur: ſcilicet quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligatur, quam qui principali utitur fruitur. Ratio reddita in *L. quia, 39. D. de uſufr.* Qua ratione & de eo, qui locavit, idem dicemus, sive is mercede, sive actione mercedis conſequendæ cauſſa fruitur. Eſt enim locatio & conductio similis venditioni. *L. 2. D. locat.* Ubi autem, & quatenus merces, mercediſve actio acquiratur fructuario, diximus ſupra huius *Libri Cap. 9.*

XI. Quod tamen dicitur fructuarium uſufructu vendito aut locato, videri uti & uſumfructum retinere hoc ipſo, quod pretium aut mercedem habet; ita temperandum eſt ex Pomponii diſtinctione, quæ traditur in *L. Pomponius, D. quib. mod. uſusfruct. amit.* ut referat, cui uſusfructus sit traditus, proprietarione, an extraneo. Nam si uſusfructus venditus sit aut locatus proprietario, & proprietarius deinde alii vendat aut locet ſuo nomine: placet fructuarium licet proprietarius ei penſionem

ſionem ſolverit, tamen uſumfructum per conſtitutum tempus amittere: quia emptor nec proprietarii, nec fructuarii nomine utatur, ſed ſuo. Quod ſi locatus ſit uſuſfructus alii extraneo, placet omnimodo per eum uſumfructum retineri, quanvis conductor eum alii locaverit. Ubi bene Accurſius adiecit, quanvis eum locaverit etiam ſuo nomine, ex *L. qui univerſas*, *§. ult. D. de acq. poſſ.* Et hoc etiam diſtinctio ſuperior Pomponii exigit, qui proprietarium conductorem in ea cauſſa ab extraneo conductore ſeparat. Quæ diſtinctio parum expeditam differentiæ rationem habere videtur. Nam hic tam proprietarius, quam extraneus ille pariter ſuo nomine vendunt aut locant, & emptor vel conductor pariter ſuo, aut eius, a quo acceperunt, nomine utuntur, non nomine fructuarii. An non ergo in iiſdem eorum factis pares cauſſæ? quod ſi pares, an non in his idem ius ſtatui oportuit? *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Sed non eo minus cauſſæ ſunt diſſimiles. Diſſimilitudo ex iure proprietarii, & extranei illius in re fructuaria. Proprietarius, qui uſumfructum emit, vel conduxit, rem ſuam vere poſſidet, non fructuarius. *L. ſciendum*, in princip. & verſic. *eum*, *D. qui ſatiſd. cog. L. acquiruntur*, *§. ult. D. de acq. rer. dom.* Quare ſi eam alii locet fruendi cauſſa ſuo nomine, etiam ſuo nomine fruetur, & per conductorem rem poſſidebit. Nec cum id faciet, mutabit ſibi cauſſam poſſeſſionis, quod regula iuris vetatur. Nam & prius, ut dixi, poſſidebat. At extraneus cum uſumfructum emit, aut conducit, rem non poſſidet: ſed nec tenet ab initio, niſi fructuarii nomine, a quo accipit. *argum. in §. poſſidere*, *Inſtitut. de interdict.* Ut igitur maxime eam rem vendat poſtea, aut locet alii ſuo nomine: non tamen efficiet, ut videatur ſuo nomine poſſidere, qui prius non poſſidebat. Nemo enim ipſe ſibi mutare poteſt cauſſam poſſeſſionis. *L. qui bona*, *§. 1. D. de acquir. poſſ. L. non ſolum*, *§. 1. D. de uſuc.* Sic fit, ut ſemper fructuarii nomine intelligatur rem tenere, qui eius nomine ab initio poſſeſſione ſuſcepta, hanc cauſſam poſtea ſibi mutare non poteſt.

XII. Quod dicimus uſumfructum non utendo amitti, ſic accipiendum eſt, ut amittatur non ſemper totus, ſeu totius rei, cuius uſuſfructus relictus eſt: ſed quatenus quis re uſus non ſit. Re tota ſi quis uſus non eſt, amittet totius rei uſumfructum. Si parte tantum, eius ſolum partis uſumfructum amittet. Poteſt autem quis uſufructu alicuius rei conſtituto, parte tantum non uti & diviſa & indiviſa. Unde placet & 9 certæ, id eſt, diviſæ partis, & pro indiviſo uſumfructum non utendo amitti. *L. placet*, *D. quib. mod. uſuſfr. amitt.* Finge agrum diviſum in duas partes regionibus. Si fructuarius una ſit uſus, altera non item: illius uſumfructum retinebit, huius amittet. Sed & ſi is, cui partis dimidiæ pro indiviſo uſuſfructus relictus erat, pro parte tantum tertia ſit uſus, pro reliqua parte tertia uſumfructum tantum amittet.

XIII. Et ſunt hactenus hi modi amittendi uſuſfructus ex perſona fructuarii. Ex qua cum pendeant, fiunt certi tunc, cum unus eſt fructuarius, & is certus: aut plures quidem, ſed ſinguli diſtinctum & certum uſumfructum deſignatum habent. Sic enim intelligetur, ex cuius morte, capitis minutione, aut negligentia amittatur uſuſfructus cuiuſque. Sed accidit interdum, ut incertum ſit inter plures, quis ſit fructuarius. Ex quo dubitatio, cuius ex his perſonam in amiſſione uſuſfructus ſpectare debeamus. Quæ quæſtio quia circa hoc genus incidit, etiam hoc loco dirimenda eſt. Et quoniam æſtimatur hæc amiſſio ex perſona fructuarii; etiam illud ſtatuendum, quis hic pro fructuario ſit habendus. Incidit autem hæc dubitatio in duobus generibus perſonarum. Primum in duobus, quorum uni uſuſfructus relictus eſt, & idem rogatus eum uſumfructum alteri reſtituere. In qua ſpecie olim dubitatum eſt, an non ex perſona legatarii amitti deberet uſuſfructus potius, quam fideicommiſſarii, tametſi huic maxime reſtitutus eſſet uſuſfructus. Dubitatio ex eo, quod legatario ipſo iure acquiſitus uſuſfructus erat. Quæſitus non deſinebat ad eum pertinere, quanvis fideicommiſſario reſtitutus. Iure enim vetere res non acquirebatur fideicommiſſario ipſo iure, ſeu iure civili: ſed tantum tuitione prætoris. Unde actio fideicommiſſario ad rem relictam perſequendam tantum utilis, ut eſt in *L. Pomponius*. in fin. *D. quib. mod. uſuſfruct. amitt.* & quæ petendi fideicommiſſi cauſſa ab initio actio fuit in perſonam, dicta eſt perſecutio extraordinaria, quæ ordinarii iuris exſecutinnem non haberet, ut ſuo loco ſupra diximus *Libro octavo*, *cap. 5. L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de verb. ſigni-*

9) *L. 14. h. t.* Cui conſequens videtur, quando fructuarius male in una re verſatus eamve deteriorem culpa ſua reddidit, caſibus quibus iure ſuo privatur, illius rei ſolum uſumfructum amittere non etiam cæterarum, licet diſſ. Caſtillo de *Uſufr. C.* 24.

gnificat. Quod ſi reſtitutus uſusfructus ex hoc iure non tranſibat ad fideicommiſſarium, ne a legatario quidem hac reſtitutione recedebat. Unde neceſſe erat etiam poſt reſtitutionem uſumfructum eius manere. Cui & illud conſequens erat, ut uſumfructum ex perſona eius tanquam fructuarii finiri oporteret: puta morte eius, capitis deminutione, aut dum is non utitur. Unde etiam Pomponii dubitatio in *d. L. Pomponius*, in fin. *quib. mod. uſuſf. amitt.* an in ſpecie propoſita videatur legatarius per fideicommiſſarium frui, ne amittatur ex eius perſona uſusfructus. Sed nihilominus etiam iam olim recepta fuerat hæc ſententia, [10] fideicommiſſarium in propoſito pro fructuario habendum, eoque & ex eius perſona magis, quam ex perſona legatarii uſumfructum perire debere: ſcilicet, quia etſi non haberet uſumfructum ipſo iure, haberet tamen iure prætorio, propoſitis ei utilibus in eam rem actionibus, quibus efficeretur, ut non aliter tuendus eſſet, quam ſi ei legati iure acquiſitus eſſet uſusfructus. Quæ ſententia eſt *L. 4. D. quib. mod. uſuſfr. amitt. L. ſi quis uſumfructum, D. de uſufr. leg.* Hodie omnis hæc dubitatio ſublata eſt Iuſtiniani conſtitutione, quæ eſt de legatis & fideicommiſſis exæquandis. Poſtquam enim ea conſtitutione quæ legati erant, tributa ſunt fideicommiſſis per omnia, etiam illud effectum eſt, ut ſicut legatus uſusfructus legatario; ita & fideicommiſſo relictus fideicommiſſario ipſo iure acquiratur. *L. 2. C. com. de leg. L. 1. D. de legat. 1.*

XIV. Eadem dubitatio vetus eſt in altero genere perſonarum, cum alicui uſusfructus relictus eſt, & per eum iure alteri quæſitus; ut fit, cum relictus eſt ſervo, & per ſervum quæſitus domino; cum filiofamilias relictus, & per eum quæſitus patri. Quæritur enim, utrum in hoc uſufructu, morte, capitis deminutione, vel negligentia amittendo, ſpectari debeat ſervi, vel filiifamilias perſona, an vero domini, vel patris. Quippe illi iudicio teſtatoris quodammodo fructuarii ſunt; hi iure.

XV. Et de ea ſpecie conſtitutum eſt a Iuſtiniano [11] in *L. ult. C. de uſufr.* ad hanc ſententiam. Siquidem enim ſervo relictus eſt, voluit domini perſonam ſpectari, non ſervi. Merito: quoniam per ſervum ſic acquiritur uſusfructus domino iure poteſtatis, ut dominus iure incipiat eſſe fructuarius, non ſervus. Nec putavit Iuſtinianus veriſimile eſſe eum, qui reliquit uſumfructum ſervo, quem ſciret eſſe ſervum, alterius contemplatione reliquiſſe, quam domini. Quod ſi uſusfructus relictus ſit filiofamilias, hic novum quiddam Iuſtinianus conſtituit; quem locum ſupra obiter attigeramus, *Libri ſuperioris Cap. 5.* tum ſcilicet uſumfructum ſic accipi debere, quaſi utrique datus ſit tam patri, quam filio. Sed patri primum, & ei ſoli: cuius etiam in perſona vult uſumfructum manere, quandiu pater vivet, nec capitis deminutionem maximam vel mediam paſſus erit, nec quidquam illi obeſſe, quod forte multo ante eius mortem filius deceſſerit. Patre autem morte vel capitis deminutione ſublato e medio, tum vult uſumfructum apud filium manere, etiam ſi patri non exiſtat heres, quaſi ab initio relictum magis filii contemplatione, quam patris. Quæ conſtitutio aperte hoc ſtatuit, uſumfructum ſolum relictum filiofamilias, per eum acquiri patri, cuius in poteſtate eſt; idque eo iure, quo ex eiuſdem principis conſtitutione uſusfructus adventiciorum bonorum filiifamilias acquiritur patri. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.*

XVI. Quod autem cavet, ut cum is uſusfructus ad patrem pertinere deſinet, redeat ad filium tanquam eius proprium; hic novi aliquid ſtatuere videtur; & præter naturam cæterarum rerum, quæ uſquam patri acquiruntur. Huic enim ſemel quæſita ſic fiunt eius, ut mortuo eo non ad alios pertineant, quam ad heredes eius pro portionibus hereditariis. *L. filiæ, 12. in fin. L. ſi donatione ſeq. C. de coll. L. certum, C. fam. erc.* Quod ſi res quæſita ad heredes transferri non poſſit, ut uſusfructus, quid reſtat, niſi ut res quæ in eius ſolius perſona conſiſterat, morte eius plane finiatur? Et hoc recte dicitur in ea re, quæ una eſt. Hæc enim ſemel patris facta; non poteſt niſi iure patris ad alios transferri. At uſusfructus filiofamilias relictus duplex quodammodo eſſe fingitur: unus patris, tandiu illi datus, quandiu in perſona eius poterit conſiſtere: alter filii, qui tum eſſe incipit, cum prior uſusfructus ad patrem pertinere deſierit. Hic patri [12] quæri non potuit; quia cum haberet conditionem, cum ad patrem pertinere deſinet, ante conditionem exiſtentem dies eius cedere non potuit. Et ut non potuit patri acquiri, ſic nec morte eius

10) *L. 3. Si uſ. pet.* A. Fab. 65. *Err. Prag.* 2. *pag.* 291.
11) Que de re & quæ ratio *d. L. ult.* prolixe Io. del Caſtillo *de Uſufr. C.* 63.

12) Diff. Sucrin. & Vaud. ut notavi ſupra, vid. *Cap.* 3. *N.* 1.

eius interire. *L. 1. D quib. mod. uſuſf. amit.*

XVII. Sed videndum diligenter, de quo uſufructu hanc conſtitutionem accipi oporteat. Iam primum de uſufructu ex cauſa peculii caſtrenſis, aut quaſi caſtrenſis conſtituto intelligi non poteſt, quia ex his cauſis nihil patri acquiritur. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. Inſtit. per quas perſon.* ut proinde in hoc uſufructu inepte ſpectetur perſona patris, cum de eo ex perſona fructuarii amittendo quæritur. Rurſum ſi conſtitutus eſt a patre ipſo, vel ab alio contemplatione patris: profectitius eſt. *L. profecticia, D. de iur. dot.* Hoc genus rerum in totum patri acquiritur, nihil inde filio. *§. 1. Inſtit. per quas perſon. nob. acq.* ut totus ſpectandus ſit ex perſona patris, nec inde quidquam redire poſſit ad filium. Tunc ergo ſuperiori conſtitutioni locus eſt, cum uſusfructus conſtitutus eſt filiofamilias ab extraneo vel contemplatione filii aperte, vel ſimpliciter ita, ut incertum ſit, utrius contemplatione ſit conſtitutus, patris, an filii, an utriuſque.

XVIII. Et meminerimus ideo placere in hoc uſufructu amittendo ſpectari perſonam patris, quia patri ab initio quæſitus eſt. Ut quoniam pater iure fructuarius eſſe cœpit, non debeat uſusfructus ex alterius, quam ipſius perſona ab initio interire. Non mirum ſi aliud ſervetur in eo, quod ſervo aut filiofamilias mortis cauſſa donatum eſt, in quo genere placet cum de revocanda donatione ex morte donatarii agitur, non domini aut patris perſonam, ſed ſervi & filii eſſe ſpectandam. *L. ſi filiofamilias, 23. L. ult. D. de mort. cauſſ. donat.* Perſonam enim eius, cui donatum eſt, hic inſpiciendam eſſe convenit. *d. L. ult.* At hic antequam mors donatoris inſecuta ſit, nihil donatum eſt, nihil ex donatione quæſitum patri aut domino. Quo efficitur aut hic neminem eſſe, cui donatum ſit, aut eum eſſe filium vel ſervum, in quos donatio collata eſt.

C A P. XVIII.

Ex re fructuaria amitti uſumfructum Interitu totius rei, Mutatione eius; & hoſtili occupatione. Cur; & præcipue Quæ ſit iſta mutatio rei, & quatenus ea mutatione uſusfructus intereat.

Amittitur uſusfructus ex ipſa re fructuaria tribus modis. I.
1. *Rei totius interitu.* II.
2. *Mutatione. Cuiuſmodi illa; & unde dignoſcenda illuſtratur exemplis.* III. IV.
Etiamſi re mutata quam multæ illius partes integræ maneant. Plura & huius ſic amplificatæ definitionis exempla. V.
Contrariis occurritur. Et differentia uſusfructus a ſervitutibus, & aliis, quæ iura in rem *noſtri dicunt, oſtenditur.* VI. VII.
Si mutata res ad priorem formam & ſpeciem redeat, an, & quando reviviſcat uſusfructus. Quomodo diſtinctione res temperetur. Propoſita utrinque veterum exempla. VIII.
Etiamſi mutatio rei non accidat a fructuario; & quæ huic amiſſo uſufructu, proprietarii culpa vel alterius, reliquæ ſint adverſus iſtos actiones. IX.
3. *Capta re ab hoſtibus & quare; & quomodo uſusfructus reſtituatur, ſi ad ſuos capta res redierit.* X.

I. EX re fructuaria amittitur uſusfructus, cum res de medio ita ſublata eſt, ut iam in uſu noſtro eſſe non poſſit. Subtrahitur res uſui noſtro, partim natura, partim iure. Natura; cum res quæ fuerat, in rerum natura eſſe desinit: quod contingit aut interitu totius rei, aut rei mutatione. Iure; cum res manens ab hoſtibus occupata eſt. Nam & hac occupatione sic res venit in hoſtium poteſtatem, ut nihil iuris amplius veteribus dominis poſſeſſoribuſve inde relinquatur, ut poſtea dicetur. Ita, si rem ſummatim complecti, & hæc in unum conducere volumus: reperietur uſusfructus a re fructuaria amitti tribus his modis; Interitu rei fructuariæ; Mutatione eius rei; & hoſtili Occupatione.

II. Interitu totius rei amitti conſtat, cum nihil ſit amplius in ea re, quo deinceps utamur, & ut Celſus ait, uſufructus eſt ius in corpore: quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt. *L. 2. D. de uſufr.*

III. Sed & mutatione rei res eſſe deſinit

nit ea, qprius fuerat, non minus, quam ſi in tot eiſſet ſublata, nec ex eo corpore quuam relinqueretur. Ideo & [1] mutatiotipſa rei uſumſructum iuterire placet. *repeti, 5. §. pen. D. quib. mod. uſr. amit.* Tantum ut norimus, quam mtionem hic intelligere debeamus. Noe hæc intelligitur, cum forma & ſpecirei interior & ex qua res ſubſiſtebat, utata eſt. Ac quibuſcumque modis ideniat, placet uſumſructum interire. Qd multis exemplis rerum declaratur *d. L. 5.* §. pen. & deinceps uſque ad*L.* 13. *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Se& hoc ipſum adhuc obſcurum, quando :cies & forma rei mutata intelligatuiUtamur ergo, ſi poſſumus, notione geris, & regula, quæ rem iu univerſum finiat.

IV. Equod ex exemplis ſuperiorum locorumoiligere liceat, ſumma huc redit, ut ıtuamus, de hac mutatione ex rei nome eſſe iudicandum: ut ſi quidem aliqua ntatione incidente, res propterea in aliudnomen tranſeat, prius amittat: tum•res ſeu forma & ſpecies mutata intelligatų qualiſcumque hæc erit mutatio. Coira quæcumque mutatio inciderit in roliqua, ſi res nihilominus uomen vetus renet; nec videatur mutata, nec intereat ſusfructus. Non ſane quia nomen quiquam pertineat ad ſubſtantiam rei: ſed uia ex ea forma, quæ eſt, res nomen acipit. Ac forma mutata etiam nomen teditur: ut ex nomine tanquam poſteriori quale quidque ſit, intelligatur. Mutato nmine dicimus rem mutatam intelligi, & ına uſumfructum interire. Exempla hæ(ſunt: Veluti si in ædibus ſuperficies cırruerit, ut iam non ædes, ſed ſola area ıominetur. Qua parte uotandum eſt ho: exigi, ut totæ ædes corruerint, conſumptæve ſint. *L. repeti, §. rei, D. quib. mod. uſufr. amit. L. qui uſumfructum,* 36. in princ. *D. de uſufr.* Cæterum inſulæ uſufructu legato, quandiu quælibet portio eius inſulæ manebit, placet totius ſoli uſumſructum retineri. *L. ſi cui, 53. D. de uſufr.* Item exempla hæc: Si areæ fructuriæ impoſitum ſit ædificium, ut iam totum id corpus nou area, ſed ædes dicatur. Si ex agro ſtagnum, ex ſtagno exſiccato ager factus ſit: Si ex maſſa ſcyphus; aut ex ſcypho maſſa conflata: Si ex quadriga unus equus perierit, ut iam non poſſit dici quadriga quæ ex quatuor equis iugalibus nomen habet: Si ex balneo cœnaculum, aut ex cœnaculo balneum factum ſit. Et quæ ſimilia exempla proponuntur ordine in *d. L. repeti,* §. pen. & ult. *L. quid tamen, §. agri,* & deinceps, *L. ſi cui balnei, D. quib. mod. uſusfr. amit.* Contra quoque hoc valere reperietur, ut quanvis magna mutatio in re facta ſit: tamen si res nomen prius retinet, nec mutari ipſa iutelligatur, nec uſusfructus: qui in ea re relictus erit, intereat. Exempio eſt uſusfructus ſundi, cuius poſtea villa diruta sit. Placet hic non exſtingui uſumſructum, sive villa sit acceſſio ſundi, sive fundus acceſſio villæ, ideſt, sive villa comparata sit fundi tuendi, colendi, aut fructuum colligendorum cauſſa; sive cum prius villa eſſet, fundus poſtea sit quæsitus, in quo opera villæ neceſſaria vel utilia exercerentur; aut ex quo alerentur tum familia, tum pecora, quæ in villa habebantur. *L. quid tamen,* in priuc. *D. eod.* Hoc ideo, quia villa diruta, nihilominus fundi nomen manet, ut prius. Eſt enim fuudus, quidquid ſolo continetur; quod tum maxime oſtenditur, cum villa ſublata eſt. *L. quæſtio, D. de verb. ſign.*

V. Rei mutatione interire uſumſructum cum dicimus, hoc dicimus totius rei mutatæ uſumfructum, non autem alicuius partis, quæ ex eo corpore ſit, interire. Res enim mutata in totum mutata eſt, non pro parte. Et ita res habet, ut quanvis poſt rei mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ex eodem corpore: tamen ſic uſusfructus intereat, ut nec ullius partis reliquæ uſusfructus relinquatur. Exemplo erunt inter alia multa, domus, maſſa, quadriga, grex, pecora fructuaria. Ædium uſufructu legato ſi ſuperficies corruerit, adeo perit uſusfructus, ut nec ſuperſit uſusfructus areæ. *L. repeti, §. penult. D. quib. mod. uſusfr. amitt.* Et tameu area ædium pars fuit vel maxima. *L. eum qui ædes, D. de uſucap. L. qui res, §. aream, D. de ſolut.* Sane ſi univerſorum bonorum uſusfructus legetur, non ſpecialiter ædium, ſuperficie ſublata, etiam areæ uſusfructus debebitur: quia appellatione bonorum, non eſt legatus tantum uſusfructus ædium, ſed & ſeparatim areæ. Hæc enim eſt in bonis. *L. quoties, 34. §. ult. D. de uſufr.* Ex maſſa ſi ſcyphus factus ſit, aut ſcyphus in maſſam conflatus, manet ſemper ſubſtantia maſſæ. Unde cum de dominio quæritur, ſemper is totius corpo-

1) Sive mutatio fiat ſimpliciter, ut corruptio, ſive ſecundum quid, quæ dicitur alteratio. Vſusfructus enim prædicatur de re, ſublato ſubiecto tollitur prædicatum, ait Cuiac. 5. *ad Afric.* in *L.* 36. *de Uſuf.* Fuſius de hac extinctione uſusfructus tractat Io. del Caſtillo *C.* 72.

Digitized by Google

ris dominus habetur, qui maſſæ dominus fuerat. *L. adeo*, §. *cum quis ex aliena*, *D. de acquirend. rerum dom. L. ex argento*, *D. de cond. furt.* Sic tamen hac mutatione uſusfructus interit, ut nec materiæ & maſſæ maneat uſusfructus. *L. quid tamen*, §. *ſi maſſæ*, *D. quib. mod. uſusfr. amitt. L. qui uſumfructum*, 36. in princ. *D. de uſufr.* Quadrigæ uſufructu legato ſi unus ex equis deceſſerit, uſumfructum interire placet, ut nec ſuperſit in iis, quæ ſunt reſidua. *d. L. quid tamen*, §. *ult. quib. mod. uſusfr. amit.* Gregis uſufructu legato, si uſque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit totius eius corporis uſusfructus. *L. ult. D. eod.* Ergo & earum ovium, quæ nomine gregis amiſſo ſupererunt. Tunc autem grex non intelligitur, cum pervenit ad novem aut pauciores oves: decem enim ut minimum oves gregem faciunt. *L. 3. D. de abig.* Pecorum relicto uſufructu, si quæ pecora intereant, adeo perit uſusfructus, ut nec carnis aut corii etiam ſuperſit uſusfructus. *L. penult. eod.* Hæc tamen eiuſdem corporis partes fuere, & eiuſdem domini manent. *L. ſi ſervus*, §. *bove*, *D. de cond. furt. L. ſolum*, §. 1. *D. de rei vind.* Omnia ex eo, quod placet uſumfructum rei mutatione interire. Verum eſt enim his modis rem totam mutari, quæcumque partes ex vetere corpore ſuperfuerint.

VI. Sed huic ſententiæ multa adverſantur. Primum regula iuris ducta ex natura, In toto & partem contineri. *L. in toto & pars*, *D. de reg. iur.* Deinde huic regulæ exempla & ſpecies rerum conſentaneæ. Quæ quot ſunt, totidem ſunt ſpecies ſuperiori ſententiæ contrariæ. Regula ſuperiore efficitur, quidquid in toto aliquo dictum, conſtitutum eſt, id & in ſingulis partibus totius dictum, conſtitutum videri. *L. ſi quis cum totum*, in pr. *D. de exe. rei iud.* Quare qui uſumfructum ædium & aliarum ſuperiorum rerum conſtituit, eumdem & in omnibus partibus earum rerum conſtituiſſe putandus eſt. Sed & hoc multa exempla iuris civilis comprobant. Quinimmo generaliter hoc receptum iure civili in omni alio iure, quam uſufructu, ut quodcumque ius eſt in re aliqua conſtitutum, etiam in ſingulis eius rei partibus conſtitutum intelligatur; ac re mutata, nihilominus in his, quæ reſtant, m ius maneat. Exemplo ſunt, pignuſervitutes, grex legatus. Domus pignoriligata eſt. Superficie ſublata, nihilominarea [2] pignori manet obligata. Et si rum ei areæ ædificium impoſitum sitædificium areæ conditionem ſequetur; pignori erit. *L. Paulus*, §. *domus D. de pignor.* Item si ſtillicidium imſitum sit alienis ædibus, etiam diruto ificio area eamdem ſervitutem debebit; si ædificium reſtitutum erit, ſequet ædificium eadem ſervitus. *L. ſervitute* §. *ſi ſublatum*, *D. de ſerv. urb. pd.* Grege quoque legato, si ad novemat pauciores oves grex redactus sit, uiam grex non sit: tamen quæ ſuperſunoves, legato cedunt, & poſſunt vindiri. *L. ſi grege*, 22. *D. de leg.* 1. §. *grex*, *Inſtit. de leg.* Si hæc definiunti recte regula iuris, & in his omnibus gula ipſa comprobatur: quomodo idem on male negatur in uſufructu. Sed ree hæc omnia cum in uſufructu, tum iomni alio iure in re aliqua conſtituto. Semper enim verum eſt, quod conſtitutm eſt in toto, etiam in ſingulis partibupro parte conſtitutum videri, quia in oto pars inſit. Sed non ideo efficitur, ſquid reſtet ex mutato corpore, ideo eam in eo ius conſtitutum accipi debere. Hius enim efficiendum eſt ex regula ſupriore, ut & quod reſtat, pars ſit totius ut dicatur quemadmodum in toto is aliquod fuit, sic & in parte id manerdebere.

VII. At an quod reſtat par totius dicendum ſit, necne, de eo vari ſtatui poteſt diverſis rationibus. Atqu hinc diſcrimen inter uſumfructum, & iura cætera in re aliqua conſtituta. Aiud in hac re ſubtilitas verborum & rerun, aliud utilitas id eſt, hominum opinis, & ex ea opinione loquentium uſus exigit. Si ſubtiliter rem ſpectemus, & id, quod verba proprie ſignificant: mutato & per mutationem ſublato toto, quidquid inde ſupereſt, non poteſt dici eiuſdem rei pars eſſe. Nam cum pars ſit totius pars, nunquam ſoluto toto, pars totius ulla intelligitur. Et hanc verborum ſubtilitatem in uſufructu ſequimur, dum placet, re mutata etiam in his, quæ reſtant, uſumfructum interire, quippe quæ iam veteris rei partes non ſint: ut quis forte dicat uſumfructum ab initio in ſingulis partibus conſtitutum, etiam in his partibus manere.

2) In pignore favorabilior cauſſa creditoris damnum vitare ſatagentis, Hot. *ad* §. *ult. I. de Uſufr.* vid. & Cuiac. 23. *Obſ.* 22. Rationem autem noſtri, quam Jaſonis eſſe ſcribit, refellit Caſtillo *d.* C. 72. *n.* 20. Quia etſi uſusfructus non extingueretur, non ideo inutilis proprietas, cum uſusfructus aliis modis finiri poſſit &c. ubi vide.

re. Quod ſi opinionem communem, & hinc uſum loquentium pro utilitate communi ſpectemus, etiam hæc, quæ reſtant, mutato corpore, partes habebuntur, in quibus quod manente toto cœpit, etiam ſublato toto maneat: quia ſcilicet eadem illa ſubſtantia manet, quæ, ſtante toto, partem eius efficiebat. Quo ex ſenſu recte dicetur & convenienter regulæ ſuperiori, quanvis totum mutatum ſit: tamen ius prius in toto & omnibus eius partibus conſtitutum, etiam in his quæ inde ſuperſunt, manere, ut in iis, quæ etiam nunc partes habeantur eiuſdem corporis. Et ex hoc uſu ſuperiora illa in reliquo omni iure recepta ſunt, quia id utilitas loquentium exigit. *arg. in d. L. ſervitutes*, §. *ſi ſublatum*, *D. de ſerv. urb. præd.* At cur hanc ſignificationem atque uſum ſequimur in cæteris rebus potius, quam in uſufructu? Quia & hoc utilitas in uſufructu poſtulare videbatur, ut priorem ſignificationem in eo potius ſequeremur. Primum enim hoc ſumptum eſt, utile eſſe, ut facile uſusfructus redeat ad proprietatem, ne diu inutilis ſit proprietas, ſemper abſcedente uſufructu. §. *ne tamen*, *Inſtit. de uſufr.* Hoc ſumpto, conſequens fuit, & in uſufructu eam omnem interpretationem capere, quæ efficeret, ut citius uſusfructus finiretur: quod fit priore interpretatione, non poſteriore. Meminiſſe tamen oportebit ſic nos priorem interpretationem ſequi in uſufructu, ut niſi confirmata eſſet, accipere non auderemus, ſed maneremus in poſteriore communi & recepta. Nunc autem ne dubitemus præter rationem ſuperiorum cauſſarum eam interpretationem in uſufructu ſequi, iure aperto hæc ipſa interpretatio conſtituta eſt: quo fiat, ne quid ex illis cauſſis hic obſtet, dum ab illo iure receſſum eſſe alia parte iuris intelligimus. Sic enim ius eſt de uſufructu, ut placeat hunc amitti nominatim rei mutatione. Verum eſt autem rem mutatam eſſe, quæ in aliam ſpeciem & aliud nomen tranſiit, quæcumque partes ex priore corpore relinquantur. Quo fit, ut ea mutatione amiſſus uſusfructus non poſſit nec in iis, quæ reſtant ullus intelligi. Alioqui non eſſet amiſſus, qui poſt mutationem aliqua ex parte maneret.

VIII. Quid, ſi res mutata poſtea in veterem formam & ſpeciem reſtituatur? an quemadmodum mutatione rei interciderat uſusfructus; ita reſtitutione rei velut cauſſa amittendi ſublata reſtituetur? De quo varie reſponſum eſt a veteribus: ſed recte pro conditione rerum reſtitutarum. Res poſita in hac diſtinctione: ut ſi res reſtituta nova eſt, non reſtituatur uſusfructus, ſi vetus, reſtituatur. Utriuſque partis exempla hæc ſunt. Uſufructu ædium legato ſi ſuperficies corruit, uſumfructum interire diximus. Quid, ſi ædificium vel teſtator ipſe reſtituerit? placet uſumfructum ſemel amiſſum non reſtitui. *L. quid tamen*, §. 1. *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Idem placet, ſi navis uſufructu legato, diſſoluta ſit navis, deinde reſtituta quanvis ex iiſdem tabulis. *d. L. quid tamen*, §. *in navis*. Scilicet quia domus & navis reſtituta alia domus & alia navis eſt. *d. L. quid tamen*, §. 1. *L. qui uſumfructum*, 36. in prin. *D. de uſufr.* Contra placuit in his cauſſis. Si areæ ſit uſusfructus legatus, & in ea ædificium ſit poſitum, ut res mutatur, ita & uſumfructum extingui conſtat. *L. repeti*, §. *ult. quib. mod. uſusfr. amit.* Si tamen poſtea ſublata ſuperficies ſit, placet 3 uſumfructum areæ reſtitui. *L. ſi in area*, 71. *d. L. qui uſumfructum*, 36. in princ. *D. de uſufr.* Hoc ideo, quia hæc area non eſt nova area, ſed illa vetus, quæ ſemper eadem manſit, & cuius ab initio uſusfructus relictus erat. Idem placet, agri uſufructu relicto, ſi is ager a mari aut flumine fuerit inundatus. Hac enim inundatione uſumfructum amitti convenit. *d. L. quid tamen*, §. *agri. L. ſi ager cuius*, *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Si tamen eodem impetu aqua ab eo receſſerit, placet etiam uſumfructum reſtitui. Eadem de cauſſa; quia id ſolum perpetuo idem manſiſſet. *d. L. ſi ager*, *L. cum uſumfructum*, *ſequen. D. eod.* Sed hoc in agro inundato placuit. Diverſum, ſi flumen, vetere alveo relicto, alia fluere cœperit, & novo alveo alicuius agrum occuparit. Tum enim locum alvei ita publicum fieri, ut nec recedente in veterem alveum fluvio reſtituatur uſusfructus. *d. L. cum uſumfructum*. Quippe ea occupatione mutata eſt forma agri, & quidem ita, ut cum prius eſſet alveus fluminis, nunc reſtitutus deſinat eſſe alveus, & in aliud nomen tranſeat. *L. adeo*, §. *quod ſi toto*, *D. de acquir. rer. dom.* Dominium quidem

3) *Ædes* etſi forte ex iiſdem tignis vel cementis reſtitutæ, non ſunt eædem quæ priores. Accidentia ædium eadem eſſe poſſunt non ſubſtantia. At ædibus deuſtis vel ſublatis, areæ ſubſtantia eſt eadem & area eadem numero. Cuiac. 5. *ad Afr.* *ro L.* 36. verſ. *contra a. de Uſuf.* Quid ſi ex maſſa confectum vas iterum redigatur in maſſam? Cuiacius *d. lo.* contra Azonem, negat recipi uſumfructum quia maſſa areæ, quæ ſemper eadem manſit, non recte comparatur, maſſa conflata, abut prior forma, & quæ nunc ex vaſe conflatur, alia eſt.

agri, quod ea occupatione amiſſum erat, recedente poſtea flumine, veteri domino reſtitui æquius viſum eſt, ut eſt in dicto §. *quod ſi toto*. Sed non ideo uſumfructum, qui in eo agro alienus erat, reſtitui dixeris. Cætera enim iura, ut dixi, non amittuntur, niſi rei totius interitu. Uſusfructus amittitur ſola rei mutatione: & idem ſola eiuſdem rei reſtitutione reſtituitur.

IX. Sed eum omnis hæc mutatio ut plurimum ſoleat eſſe ab hominibus, quid fiet, ſi accidat ab alio, quam a fructuario? quid, ſi erit etiam a proprietario? Etiamne his conſulto mutantibus uſusfructus amittetur? Placet amitti vel mutante ipſo proprietario. *L. repeti, in fin. D. quib. mod. uſusfr. amit.* Sed ita, ut adverſus eam iniuriam fructuario conſultum ſit. Et adverſus heredem proprietarium, qui in area fructuaria ædificium poſuit, dantur hæ actiones in *L. repeti*, in fin. & *L. ſeq.* actio ex teſtamento, interdictum quod vi aut clam, de dolo. Sed non omnes ſimul, verum unaquæque ſuis conditionibus. Agit fructuarius actione in perſonam ex teſtamento, cum heres uſumfructum nondum tradidit; agit autem ut tradat. §. *heres quoque, Inſtit. de oblig. quæ ex quaſ. contr.* Uſufructu tradito, ſi mutatio contigit, aget fructuarius interdicto quod vi aut clam eo factum ſit, in id quod ſua intereſt. *L. ſemper*, §. *hoc interdicto, D. quod vi aut clam*. Quibus in cauſſis ceſſat de dolo, ut cui locus non ſit, niſi cum nulla alia eſt actio, nullum aliud remedium. *L. 1. §. ait*, & deinceps, *D. de dolo*. Quod ſi conſentiente fructuario opus factum ſit, ſed tunc cum proprietarius ei perſuaſiſſet ſe ipſius cauſſa opus facere, deinde non patiatur eum frui ædibus; erit decepto [4] actio de dolo. *arg. in L. quod ſi, 8. L. ſi quis affirmavit, ſeq. L. ſervus, 20. §. ult. L. ſi legatarius, 23. D. de dolo*. Si opus factum non eſt, ſed re in aliam ſpeciem converſa, alius uſumfructum abſtulit: utilis actio ex lege Aquilia competit. *L. item Mela, §. ult. D. ad leg. Aquil.*

X. Occupatione hoſtium uſumfructum amitti certum eſt, cum res aliqua ſeu immobilis, ſeu mobilis, in qua uſusfructus alienus erat, ab hoſtibus capta eſt. *L. ſi ager ab hoſtibus, D. quib. mod. uſusfr. amit.* Non mirum, cum res in totum fiat capientium iure belli, ut & eo caſu proprietas amittatur. *L. 5.* in fin. *L. adeo*, in princ. *D. de acq. rer. dom.* Sed hic adiiciendum eſt, quod eſt in *d. L. ſi ager ab hoſtibus*. Si res capta redierit ad ſuos, iure poſtliminii reſtitui uſumfructum. Hoc enim iure priſtina omnia iura recipiuntur. *L. poſtliminium*, in pr. *D. de capt. §. ſi ab hoſtibus, Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolv.*

CAP.

4) Ita & Pac. 2. Q. 78. P. Buſius *ad L. 1. §. 4. & ſeqq. de dolo n. 5.* Sed A. Fab. *ad L. 7. §. 5. de dolo* actionem de dolo eſſe fructuario, quoties legati nomine interpoſita ſtipulatio, de qua *tit. Ut leg. nom. cav.* Per illam enim novari actionem ex teſtamento *L. 8. §. 1. de Novat.* Quare cum actio ex ſtipulatu non poſſit ſufficere per *L. 7. §. 3. de dolo*, neceſſe eſſe ut detur actio de dolo, alia deficiente.

CAP. XIX.

Etiam uſusfructus cum proprietate coniunctione uſumfructum amitti. Quæ ſpecies uno verbo noſtris *Conſolidatio* appellatur. Quibus modis hæc contingat: quam rationem habeat. In univerſum autem de omnibus ſupra ſcriptis amittendi uſusfructus modis, qui ſint, ex quibus uſusfructus amittatur totus; ex quibus poſſit amitti tantum pro parte. Tum præter ſuperiores modos nullos eſſe, quibus uſusfructus amittatur.

Uſusfructus amittitur & huius coniunctione cum proprietate. Duplex illa coniunctio, & qualis: dicta conſolidatio, *& quare.* I.
Utraque volente, aut invito ſeu fructuario, ſeu proprietario accidit in hoc, & in illo, rurſus duplici modo, & quali. II.
Ceſſio a venditione quatenus differat. Et cur ceſſio uſusfructus amiſſionem contineat, non ita quoque venditio. III.
Amittitur idem totus aliquando, interdum etiam pro parte. IV.
Totus omnino, morte, & capitis deminutione. V.
Totus & pro parte non uſu, mutatione, & conſolidatione. VI.
Amittitur idem ſuperioribus modis & ſolis. VII.
Nec itaque morte aut capitis deminutione proprietarii, aut eius alienatione. VIII.
Item nec uſucapione rei fructuariæ. Exponitur locus Papiniani in L. 44. §. non mutat. D. de uſucap. IX.
Item nec alienatione fructuarii. Qualis hæc. Quæ de ea veterum ſententia. X.
Repudiata, & quatenus a Iuſtiniano. XI.

I. ETiam uſusfructus, huius ipſius cum proprietate coniunctione amittitur: cum ſcilicet in eiuſdem perſona concurrere cœpit proprietas & uſusfructus. Quod fit, cum aut proprietarius adeptus eſt uſumfructum, aut fructuarius proprietatem. *§. finitur, Inſtit. de uſufr.* Amiſſionis ſpecies maxime ex natura uſusfructus. Sic enim uſusfructus definit ius eſſe utendi fruendi rebus alienis: ac proinde eſſe uſusfructus is, de quo agimus: ut quem definiamus ius alienis utendi fruendi rebus. Et vero is ſolus uſusfructus proprie dicitur, qui eſt a proprietate ſeparatus, ut in definitione oſtendimus. *L. penult.* in pr. *D. ſi uſusfruct. pet.* Hoc genus etiam coniunctionis uſusfructus cum proprietate confuſio dicitur. *L. 4. D. Uſuf. quem. cav. L. ſi ſervus, D. quib. mod. uſusfr. amit.* & uno verbo [a] Conſolidatio in *d. §. finitur, L. 3.* in fin. *D. de uſufr. accr.* Nomen ex eo, quod uſufructu cum proprietate coniuncto, fit ſolida & integra proprietas, quæ ſolida & integra non erat. Deerat enim ei uſusfructus; qui dominii & emolumenti pars eſt vel optima; *L. cum filius, 76. §. dominus, L. Mævius, 66. §. penult. D. de legat. 2.*

II. Adipiſcitur fructuarius proprietatem alias volente proprietario, interdum & invito. Volente, cum is proprietatem vendit, vel ex alia cauſſa transfert, veluti ſervum noxæ dedendo. *L. ſi tibi. L. ſi ſervus, D. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Invito, puta cum ei, cui legatus eſt uſusfructus pure, legata eſt etiam proprietas ſub conditione, & poſtea conditio exſtitit. Quo caſu proprietas recedit ab herede invito, & tranſit recta ad legatarium. *L. a Titio, D. de furt. L. 3. §. ultim. D. uſufruct. quem. cav.* Proprietarius facto fructuarii adipiſcitur uſumfructum duobus modis. Primum ex conſenſu, ſi fructuarius ei cedat uſumfructum, id eſt, ei tradat hoc animo, ut in eum transferat. *d. §. finitur, Inſtitut. de uſufr.* Altero modo, etiam fructuario invito, ſi fructuarius cedat uſumfructum extraneo. Et ſi enim hoc modo uſumfructum ad extraneum non transfert, ut eſt in *d. §. finitur:*

a) De qua Caſtillo *de Uſuf. C. 71.* Sic autem finito uſufructu proprietarius non (uti ſi morte naturali) poteſt expellere fructuarium propria auctoritate, ſed contra eum experiendum actione negatoria, vel ex cautione de reſtituenda re præſtita, Tiraq. *Tr. le mort ſaiſit le vif. P. 3. Declar. 1. n. 6. & 7.* Num conſolidatus ex cauſſa onerosa obvenire dicatur, an ex lucrativa, Caſtillo *d. Tr. C. 76.*

tur: tamen ceſſione uſumfructum amittit. *L. ſi uſusfructus,* 66. *D. de iur. dot.* Amiſſus, iure ad proprietatem redit. §. *ult.* in fin. *Inſtitut. de uſufruct.*

III. Non eſt contrarium, quod aliquoties ſupra diximus, & certi iuris eſt, poſſe fructuarium cuivis extraneo uſumfructum vendere, ut & transferat inde, quod poteſt, & nihilominus ipſe uſumfructum retineat. *L. arboribus,* 12. §. *uſufructuarius, L. non utitur,* 38. *D. de uſufruct.* §. 1. *Inſtit. de uſu & hab.* Aliud eſt enim vendere uſumfructum, aliud cedere. Qui vendit uſumfructum ut fructuarius, tantum vendere intelligitur, quantum iure ſuo poteſt transferre, ut creditor, qui iure ſuo pignus diſtrahit. *L. etſi L. penult. D. de diſtract. pign. L. ex empto.* §. *ſententiam. D. de action. empt.* At fructuarius ius ipſum uſusfructus transferre non poteſt. Cohæret enim eius perſonæ. *L.* 3. in fin. *D. quibus mod. uſusfruct. amit.* Sed poteſt transferre facultatem rei tenendæ, & fructuum percipiendorum, quamdiu ipſe uſumfructum obtinebit. Quare & hac venditione eam ipſam perceptionem fructuum transfert: ius ipſum apud eum remanet, nec aliud agitur ea venditione, ut declaratur in *d. L. ſi uſusfructus* in fin. *D. de iur. dot.* Cedere autem, ſeu ceſſio genus eſt vetus alienationis, cum res in iure cedebatur, teſtis Cicero *in Topicis.* Ulpianus explicat in fragmentis *Tit. de dominiis, & acquiſitionibus rerum.* Omnis alienatio rei duo facta alienantis continet. Nam primum is hoc animo eſt, ut rem quam cedere & alienare vult, a ſe dimittat; deinde ut a ſe dimiſſam in alium transferat. Hoc poſterius fructuarius uſumfructum cedendo facere non poteſt, quia, ut dixi, uſusfructus perſonæ eius cohæret. At prius illud, nempe dimittere a ſe uſumfructum eiuſmodi eſt, ut poſſit: cum uſusfructus ſit eius, & liceat cuique de re ſua ſtatuere ut velit. *L. in re mandata. C. mand.* Quod cum poſſit, eveniet, ut cum alienatam voluerit, ſimul cum animo alienandi etiam ipſum uſumfructum amittat, tametſi non transferat. Nam quod ſimpliciter dicitur in *d.* §. *finitur. Inſtit. de uſufr.* fructuarium cum uſumfructum cedit extraneo, nihil agere: bene hoc omnes ſic illic acceperunt, ut transferre volens, in eo nihil agat. De transferendo enim per ceſſionem uſuſfructu illic agitur. Cæterum ſi de dimittendo uſufructu agatur, non [2] agit nihil, qui hoc animo eſt, ut dimittat. Qui enim potuit dimittere ſuum: nihil supereſt, niſi ut ſi velit dimiſſum, amittat. Unde amitti placet. *d. L. ſi uſusfructus. D. de iur. dot.* Amiſſus non poteſt, quin ad proprietarium rediens cum proprietate conſolidetur.

IV. Modis amittendi uſusfructus ſuperioribus cognitis, eſt, quod de his admoneamus iam in commune; uſumfructum his modis amitti alias totum; alias tantum pro parte.

V. Totus amittitur capitis minutione, & morte: & quidem ita, ut non poſſit his modis amitti niſi totus. *L. excepta, D. quib. mod. uſusfr. amit.* quia ſcilicet nec capite minui, nec mori quiſquam pro parte perſonæ poteſt: ſed ſi quis hæc patitur, totus patitur, non aliter.

VI. At his exceptis, reliquæ cauſſæ etiam pro parte interitum uſusfructus recipiunt. *d. L. excepta.* id eſt, & non utendo, & rei mutatione, aut conſolidatione. Poteſt quis parte fundi diviſa non uti: poteſt & parte pro indiviſo, ut hactenus uſusfructus pereat. Ut, ſi is cui totius fundi uſusfructus relictus erat, quaſi dimidiæ tantum pro indiviſo relictus eſſet, hactenus ſolum ſit uſus. Idque eſt, quod traditur in *L. placet. D. eod.* placere vel certæ partis, vel pro indiviſo uſumfructum non utendo amitti. Sed & domus ſpatioſæ uſufructu relicto, in qua plura ſunt ædificia diſtincta, poteſt unum corruere, cæteris ſtantibus, ut huius quod concidit, uſusfructus intereat. Poteſt pars tantum agri a flumine aut mari occupari. Poteſt areæ uſufructu legato, in una tantum parte ædificium poni. Sic & partem tantum uſusfructus poteſt fructuarius cedere proprietario, & pars dominii fructuario acquiri. In quibus omnibus pro parte tantum uſusfructus amiſſio contingit: quia & pars tantum recipit eos caſus, propter quos iure uſusfructus amittitur. VII.

2) Diff. Hot. in *d.* §. *finitur* 3. quia ſi nihil agitur, inutilis ceſſio & ipſo iure nulla eſt. Nec ad proprietatem revertitur uſusfructus, quia nuſquam legitur hæc pœna conſtituta, & Balduin. *ibid. n.* 16. quia *in d. L.* 66. habetur verbum futuri temporis, *reverſurum*, ſcilicet ſuo tempore & ubi finitus fuerit, morte nimirum fructuarii, non eius cui ceſſus eſt, quia nulla hic habetur ratio ceſſionis. Et grave eſſet tam acerbe puniri levem aliquem inanis ceſſionis conatum, qui effectu caruit. Recte. Nam & ex ipſo *d.* §. 3. contextu apparet fieri veluti oppoſitionem ceſſionis domino factæ, & eius quæ extraneo. Non igitur idem utraque operatur. Nec obſtat ratio noſtri, animus alienandi in cedente. Nam voluit non niſi ſub conditione ſi alter accepturus ſit, *L.* 18. *de vi arm.* ſupr. *Lib.* 5. *C.* 13. *N.*° 5. Finis enim illius vel pretium pro ceſſione accipere vel beneficii debitorem acquirere. Quo fine fruſtratur. Obiicit Hortenſius noſtro conſentiens ad *L.* 4. *de Novat.* Ceſſio in iure facta proprius modus amittendi uſusfructus ex *Sent. Pauli* 6. §. 37. Reſp. Immo *d.* §. 37. ex verbis *quoties domino ceſſerit* argumentum præbet a contrario pro hac ſententia, vid. & Caſtillo de *Uſufr.* C. 69. *n.* 20. *& ſeqq.*

Digitized by Google

VII. Eſt & hoc, quod de his modis ad extremum monendi ſimus; quemadmodum his amittitur uſusfructus, ita amitti regulariter his ſolis: ut recte in hac amiſſione ſuperiores ſolos numeremus.

VIII. Ex quo intelligimus, nec ex perſona proprietarii, nec ex facto eius, neque adeo ex facto ullo ipſius fructuarii, præter negligentiam utendi, mutationem rei, aut uſusfructus ceſſionem uſumfructum amitti ſolere. Idque ſatis comprehenſum videtur illa generali definitione, quæ traditur in *L. neque, D. quib. mod. uſusfr. amit.* Neque 3) uſumfructum, neque iter actumve dominii mutatione amitti. Hoc enim continet, uſumfructum nec morte proprietarii, aut capitis deminutione amitti; nec huius alienatione, qua rem, in qua uſusfructus alterius eſt, alienat; nec alienatione fructuarii, dum is eum ſervum alienat, per quem uſumfructum acquiſierat. De quibus tamen & dubitari poteſt & aliquando dubitatum fuit. Quam ob cauſſam non ab re eſt, & de his certius confirmari. Et vero ita ius eſt & aliis locis diſerte traditum, his modis uſumfructum non amitti. Proprietarii morte uſumfructum non amitti traditur in *L. 3. C. de uſufr.* Unde intelligitur multo minus amitti capitis eius minutione. Itaque mortuo fructuario, heredibus eius nihil debebitur: mortuo proprietario heredes eius eumdem uſumfructum debent. Similiter nec ſi proprietarius proprietatem alienarit, ideo amittitur uſusfructus, etſi forte invitus ac iure coactus fecerit. Veluti, ſi proprietarius ſervum, in quo uſusfructus alienus erat, ob delictum eius conventus, noxæ dediderit. *L. locum, 17. §. penult. D. de uſufr.*

IX. Qua ratione placet, ſi res fructuaria ab alio uſucapta ſit, nihilominus uſumfructum fructuario ſalvum manere. *d. L. locum, §. penult.* quippe uſucapio alienationis genus eſt. *L. alienationis, D. de verbor. ſign.* Idque rurſum eſt, quod Papinianus ſenſit in *L. iuſto, §. non mutat, D. de uſucap.* cum ait uſumfructum uſucapi non poſſe. Hoc enim voluit, ut recte Accurſius illic interpretatur, non poſſe uſumfructum uſucapi per uſucapionem proprietatis: id eſt, dum proprietas ab alio uſucapitur, non ideo ſimul uſumfructum, qui alienus erat, uſucaptum videri. Id contextus ipſe & ratio Papiniani liquido demonſtrant. Prius enim dixerat Papinianus re uſucapta, nihilominus creditori, cui res ante pignori obligata erat, ſalvam manere pignoris perſecutionem. Illic autem mox uſumfructum pignori comparat, ut intelligamus idem eum in uſufructu, quod in pignore dicere: nempe & re uſucapta ſalvum manere uſumfructum. Additur ratio in pignore, quæ ad uſumfructum non minus aperte pertinet. Perſecutio enim pignoris, inquit, nulla ratione dominio coniungitur. Idem non minus de uſufructu dixeris. Non poteſt idem dominus eſſe rei, & rem pignori habere. *L. neque pignus, D. de reg. iur.* Nec uſusfructus quoque, qui vere uſusfructus eſt per ſe conſiſtens, poteſt eſſe, niſi a proprietate ſeparatus. *L. penult.* in princ. *D. ſi uſusfr. pet.*

X. De alienatione ſervi, per quem fructuarius uſumfructum acquiſivit, ſic ius olim fuit, & nunc eſt. Olim plerique quorum magis ſententia recepta erat, putabant, ſi fructuarius vel partem eius ſervi alienaret, totum uſumfructum per eum quæſitum interire. Unde illud in *L. repeti. §. 1. D.* quib. mod. uſusfr. amit. *ſi quis uſumfructum ſolum ſervi alienaverit, per quem uſusfructus ei acquiſitus eſt, dubium non eſſe, quin uſusfructus per eum acquiſitus retineatur.* De uſufructu alienato reſpondet Ulpianus, cum poſſet dubitari, an eo alienato videretur alienata pars ſervi. Quam ſi alienatam eſſe conſtaret, dicendum eſſet ex ſuperiorum ſententia uſumfructum amitti. Et negat amitti etiam ex ſuperiore ſententia, idque dubium non eſſe ait. Merito; quia uſusfructus dominii pars non eſt: ut dici poſſit, uſufructu ſervi iſtius alienato, eius ſervi partem alienatam. *L. recte, D. de verbor. ſignificat.*

XI. Sed hanc ſententiam Iuſtinianus improbavit in *L. inter. C. de uſufr.* & conſtituit partis huius ſervi alienatione uſumfructum per eum quæſitum nulla ex parte amitti. Sed obtinebat hæc ſententia inter omnes, ſi fructuarius hunc ſervum totum alienaret, tum certo uſumfructum iſtum interire, quaſi mutato dominio, ut ſignificatur in *L. ſi ſervo, D. quib. mod. uſusfruct. amit.* Sed & hoc repudiavit Iuſtinianus in *L. ult. C. de uſufr* ubi diſerte conſtituit; nec totius huius ſervi alienatione, uſumfructum exſtingui. Poſt quas conſtitutiones apparet vere in univerſum definiri, quod ſupra diximus, aliis modis quam ſuperioribus uſumfructum regulariter non amitti.

CAP.

3) Niſi venditio fiat a domino, conſenſu fructuarii *L. 4. §. 12. de doli exc.* vid. *infra Lib. 22. C. 6.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 10. *n.* 1. verſ. *tertia cautio.*

Digitized by Google

C A P. X X.

Non omnem uſumfructum ſuperioribus modis amitti. Exceptas has ſpecies tres: Uſumfructum, cuius dies non ceſſit; Habitationem; Operas ſervorum: Uſumfructum repetitum. Et de prima ſpecie, ac per occaſionem, Quando dies uſusfructus legati cedat.

Nexus, ordo, & partitio rerum. I.
Uſusfructus, cuius dies non ceſſit, non utendo, & capitis deminutione non amittitur. II.
Sed idem tamen fructuarii morte, & fructuariæ rei mutatione perit. Et quare; & quæ in illis amittendi modis differentiæ ratio. IV. VI. VII.
Uſusfructus, cuius ceſſit dies, ſuperioribus modis omnibus amittitur. Quæ diſtinguendi ratio. III. V. VI.
Quæſtionis illius: Quando dies uſusfructus legati cedat, *opportuna tractatio.* VIII. & *ſeqq.*
In uſufructu legati dies ſimul cedit & venit; ſecus in cæteris rebus quæ debentur in diem. Diſcriminis ratio. IX.
Dies legati uſusfructus non cedit 1. *Ante aditam hereditatem.* X.
2. *Ante diem ex quo legatus uſusfructus.* XI.
3. *Ante tempora adiecta, ſi uſusfructus in annos, menſes, dies ſingulos legatus fuit. Et quid huic iuri conſequens.* XII. XIII. XIV.

I. QUod tamen diximus ſuperioribus modis amitti uſumfructum, & præterea his ſolis; non eſt perpetuum. Habet utraque pars ſuas exceptiones, de quibus ſeparatim a me dicetur. Ac prius illud quod dicimus ſuperioribus modis uſumfructum amitti, ita temperandum eſt, ut ſciamus neque omnem uſumfructum illis omnibus modis amitti; & si quis sit uſusfructus, qui his amitti poſſit; aliquando tamen accidere, ne amittatur. Ac de his ita ius eſt. Tres ſunt ſpecies uſusfructus, quæ non omnibus modis ſuperioribus amittantur; Uſusfructus, cuius dies non ceſſit; Habitatio; Operæ ſervorum. Una ſpecies eius uſusfructus, qui cum ſuapte conditione ſuperiorum omnium modorum amiſſionem recipiat, quandoque tamen his non amittatur. Is eſt uſusfructus omnis ita conſtitutus, ut amiſſus sit repetitus. Ita prioris illius ſententiæ tot ſunt exceptiones. De quibus iam dicam ordine.

II. Primum ergo si cuins uſusfructus dies non ceſſit, is in ea cauſſa eſt, ut placeat eum nec capitis deminutione, multoque minus non utendo amitti. De quo ut certius poſſit liquere; de toto genere uſusfructus amittendi retinendive ex ea cauſſa, quid eius dies ceſſit, aut non ceſſit, ſic habendum eſt.

III. Qui uſusfructus non deſtinatione tantum, puta legato aut conventione, ſed vere conſtitutus eſt; id eſt, ita conſtitutus, ut dies eius ceſſerit : is omnis ſine exceptione ſuperioribus modis amittitur; ſive ſit iam traditus fructuario, & hoc modo proprius eius factus; ſive nondum traditus, ſed debitus dumtaxat. Idque eſt, quod aliis verbis veteres dixerunt, poſtquam uſusfructus legati, aut aliter conſtituti dies ceſſit, non ſolum uſumfructum amitti morte vel capitis deminutione fructuarii, ſed etiam uſusfructus actionem: ut iam neque fructuarius neque heredes eius poſſint petere eum uſumfructum ſibi dari. Puta ſi poſt aditam hereditatem, & diem legati venientem mortuus ſit aut capite minntus fructuarius. *L.* 1. in princ. *D. quib. mod. uſusf. amit. L. corruptionem*, in princ. *C. de uſufr.*

IV. Sed etſi legati aut aliter conſtituti uſusfructus dies nondum ceſſerit: tamen placet futurum eum uſumfructum, id eſt, eius uſusfructus actionem amitti duobus his modis, morte fructuarii, & rei fructuariæ mutatione. Fructuarius si moritur, quanvis ante diem uſusfructus cedentem, uſnmfructum amittit, nec eins perſecutionem tranſmittit ad heredes. *L.* 2. *L.* 3. *D. quand. di. leg. ced. L. qui uſumfructum* 36. §. 1. *D. de uſufr.* Similiter ſi ædium uſufructu legato ædes dirutæ ſint vivo teſtatore, ſic amittitur uſusfructus iſte futurus, ut quanvis a teſtatore reſtitutæ ſint ædes, nihil tamen fructuario debeatur, legati die quandoque poſtea cedente. *L. quid tamen.* §. 1. *D. quib. mod. uſusf.*

uſuſf. am. Cæterum reliquis modis non amittitur is uſusfructus, cuius dies nondum ceſſit. Certe capitis deminutione non amitti conſtat. *L.* 1. in princ. *D. eod.* Multo vero minus non utendo, quo in numero eſt uſusfructus alternis annis relictus. *L. ſi uſusfructus alternis D. eod.*

V. Quæ diſtinctio quam rationem habeat, videndum eſt. Ac de eo uſufructu, cuius dies ceſſit, nemo dubitat, quin recte placeat eum amitti ſuperioribus modis. Potuit enim amitti, qui erat iam quæſitus: ſi non ipſe quæſitus, potuit certe amitti actio, quæ poſt diem cedentem quæſita erat.

VI. Sed nec e converſo quidquam dicitur non maxime conveniens naturæ uſusfructus, cum dicitur is uſusfructus, cuius dies non ceſſit, ſuperioribus modis amitti non poſſe. Nam ante diem uſusfructus conſtituti cedentem nec acquiritur uſusfructus, nec uſusfructus actio, ut poſtea dicetur. *L.* 1. in fin. *D. quand. id. uſ. leg. ced.* Naturæ autem ipſius lege fit, ut non poſſit amittere quiſquam, quod prius non habuit. *L. non poteſt videri deſiiſſe. L. non videtur rem, D. de reg. iur.* Ideo non mirum, quod dicitur, eum uſumfructum, cuius dies non ceſſit, capitis deminutione non amitti. Multo minus, cum dicimus non amitti non utendo. Quid enim potuit imputari non utenti, qui uti, etiam ſi vellet, non potuit? *L. cum quidam, §. ſi pupillo, D. de uſurp.* Non potuit autem uti frui fructuarius prius, quam cederet dies legati. *L.* 1. §. 1. *quand. di. uſ. leg. ced.*

VII. At illud habet dubitationem, quod hunc ipſum uſumfructum, quem dicimus his modis non amitti; quem eumdem fatemur non eſſe conſtitutum ſeu quæſitum fructuario: dicimus tamen exſtingui morte fructuarii, & rei mutatione. Quomodo amitti potuit, qui fructuarii non fuit, contra naturæ regulam? *d. L. non videtur rem. L. non poteſt videri deſiiſſe, D. de regul. iur.* Aut quomodo in eadem cauſſa quibuſdam modis amitti, aliis non amitti, contra omnem iuris æquitatem? *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Et certe fatendum eſt, proprie non amitti eum, qui quæſitus non fuit. Ideo in *L.* 2. *D. quand. di. leg. ced.* non dicitur amitti uſusfructus ante diem legati cedentem mortuo fructuario, ſed petitio ad heredem non tranſire. Sed & hoc ipſum ſentimus, non aliud. Abuſive tamen non male dicatur amitti, cuius ſpes amiſſa eſt. Nam & capitis minutione dicitur non amitti ante diem legati cedentem, cum hoc ſignificatur eius habendi ſpem eo modo non amitti, quanvis nondum ſit quæſitus. Quod autem placet morte fructuarii, & rei mutatione uſumfructum exſtingui, quanvis hæc ante diem legati cedentem contigerint; aliis autem modis ante eum diem non exſtingui: differentiæ hæc ratio eſt, quod mortuo quanvis ante diem cedentem fructuario, etſi poſtea dies legati cedat: tamen nullus fructuarius ſupereſt, in cuius perſona conſiſtat uſusfructus. Nam nec in perſona defuncti unquam cœpit; nec poteſt tranſire ad heredem, quod defuncti nunquam fuit. Et ut forte aliquando uſusfructus eius fuiſſet, tamen morte eius amitteretur. *L.* 3. in fin. *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Et cum res ante diem legati cedentem mutata eſt, etſi dies legati cedit poſtea, & eſt perſona, quæ frui poſſit: non eſt res, qua fruatur; ſine qua non magis conſiſtit uſusfructus, quam ſine perſona fruentis. Utrumque contra accidit, cum fructuarius ante diem legati cedentem capite minutus eſt. Nam legati die poſtea cedente ſi is vivit, ſupereſt & res, qua fruatur, & fructuarius, qui fruatur, dummodo is qui ante, puta, deportatus erat, poſtea reſtituatur beneficio principis. Quod ſi eveniet, quandocumque poſtea dies uſusfructus legati ceſſerit, recte uſumfructum petet, utpote ante non amiſſum.

VIII. Hoc iure poſito, quærendum fuit, quando dies uſusfructus legati [1] cedat. Nec vero alius de eo quærendi locus in uſufructu, quam in hac amiſſione. In cæteris quidem rebus legatis hoc idem quæri ſolet, quando dies legati cedat: ſed eo potiſſimum, ut ſciatur, quando tranſmittatur legatum ad heredes. Tranſmittitur enim id legatum, cuius dies ceſſit. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Quod quidem ad acquirendum heredibus legatum pertinet. De quo in legatis ſuo loco diximus *ſupra Libr.* 8. *Cap.* 28. At hoc in uſufructu quærere ſupervacuum: quoniam ſive poſt diem uſusfructus cedentem, ſive ante decedat fructuarius, uſusfructus ad heredem non transfertur, ac ne petitio quidem uſusfructus. *d. L.* 2. *L.* 3. *D. quand. dies leg. ced.* Solum igitur, ut dixi, huic quæſtioni in uſufructu locus, cum quæritur de uſufructu amittendo ante diem eius cedentem. Ideo hæc eadem ab Ulpiano eodem libro tractata legimus, nempe *decimoſeptimo ad Sabinum*, ut indicant *inſcriptiones L.* 1. *D. quand. di. uſ. leg ced.*

1) De hac ceſſione fuſius, Io. del Caſtillo *quotid. Controv. de Uſufr. C.* 8.

ced. & *L.* 1. *quib. mod. uſu. amit.* Ius autem de hac ceſſione ſic habet.

IX. Uſusfructus legati dies cedit tunc ſolum, cum & venit, id eſt, cum uſusfructus peti poteſt. Ut in uſufructu idem ſit legati diem cedere, & venire, quanvis uſusfructus legatus ſit ex die. *L.* 1. §. *ult. quand. dies uſusfr. leg. ced.* Aliter atque in cæteris rebus, quæ debentur in diem: in quibus ut verbis, ita re ſic iſta diſtinguuntur, ut ſtatim cedat dies, id eſt, incipiat deberi pecunia, etſi nondum peti poteſt: venire autem dicatur, cum is dies venit, quo pecunia peti poſſit. *L. cedere, D. de verbor. ſignificat.* Hoc diſſimiliter in uſufructu, ut ſignificat Ulpianus in *d. L.* 1. in princ. & §. 1. *D. quand. dies uſufr. leg. ced.* quia cætera legata conſiſtunt in re, quæ deberi poteſt ante, quam peti. Uſusfructus conſiſtit in fruendo, id eſt, [2] in facto aliquo eius, qui utitur fruitur: ut proinde non prius eſſe incipiat, quam fructuarius uti frui poſſit. Nec vero poteſt prius, quam venerit tempus, quo & peti poteſt.

X. Hinc tria tempora notata veteribus, quibus legati dies non cedit. Primum, cum hereditas non [3] eſt adita. *d. L.* 1. §. 1. Merito: nam nec alia legata quælibet quanvis pure relicta, ante aditam hereditatem peti poſſunt. *L. omnia*, 32. *D. de legat.* 2. Hoc ideo, quia nihil ex teſtamento peti poteſt, niſi teſtamento relictum valet. Nihil autem in teſtamento ſcriptum valet, niſi adita hereditate: qua non adita fit irritum teſtamentum. *L. eam quam, C. de fideicom. L.* 1. *D. de ini. rup.* Iam autem diximus non cedere diem uſusfructus legati, niſi cum peti poteſt.

XI. Secundum tempus eſt adita iam hereditate, cum uſusfructus relictus eſt ex die, & dies nondum venit. Nam ante peti non poteſt. De quo ante dixi *d. L.* 1. §. *ult.* Atque hæc duo uſusfructus legati propria. Nam cæterorum legatorum, quæ pure, aut in diem relicta ſunt, ut dies cedit ſtatim, etiam ſi nondum venerit; ita & cedit non tantum non adita hereditate; ſed etiam ſtatim a morte teſtatoris. *L. unica*, §. *in noviſſimo*, *C. de cad. toll.* Scilicet quia, ut dixi, in re conſiſtunt, quæ ante fuit: non ut uſusfructus in facto fruendi, quod ante diem legati venientem nullum eſſe poteſt.

XII. Tertium tempus eſt, verbis magis tertium, quam re, cum & adita eſt hereditas, & verbis uſusfructus relictus non nominatim ex die, ſed in dies, aut menſes, aut annos ſingulos. In hoc genere legati, ſive uſusfructus legatus ſit, ſive res alia, placet plura eſſe legata; in annuis quidem primi anni purum, ſequentium conditionale: ineſſe enim videri hanc conditionem, ſi legatarius vivet. *L.* 4. *D. de ann. leg.* Hæc res facit, ut ſicut ſingulorum dierum, menſium, vel annorum diſtincta ſunt legata, ita & eorum dies non ſemel cedat, ſed per tempora adiecta. *d. L.* 1. in princ. *quand. di. uſusfr. leg. ced.*

XIII. Hoc eam vim habet, ut ſi is, cui forte in annos ſingulos uſusfructus legatus eſt, poſt primi anni diem cedentem capite minutus ſit, huic uſusfructus amittatur, ſed ſolum eius anni, qui proceſſit, id eſt, quo cœperat uſusfructus haberi: ſequentium autem annorum uſusfructus ſalvus maneat: ut quandocumque fructuarius in integrum reſtitutus erit adverſus capitis minutionem, recipiat eorum annorum ſequentium uſumfructum. *L.* 1. in fin. *quib. mod. uſusfr. amit.* Idem eſt, & ſi uſusfructus legatus ſit alternis diebus, vel menſibus, vel annis. *d. L.* 1. in princ. *quand. di. uſusfr. leg. ced. L.* 2. §. 1. *D. quib. mod. uſusfr. amit.*

XIV. Atque hinc iam poteſt intelligi, cur uſusfructus alternis annis relictus dicatur non utendo non amitti. *d. L. ſi uſusfructus alternis, D. quib. mod. uſusf. amit.* Hoc enim veteribus hanc ſententiam habet, ut quanvis quis uno anno uſus non ſit, amitti quidem poſſit uſusfructus eius anni, qui proceſſerat ad uſumfructum habendum; ut ſequentium non amittatur nec capitis minutione, nec non utendo. *d. L.* 2. §. 1. *D. quib. mod. uſusfr. amit.* Hodie poſt *L. corruptionem, C. de uſufr.* ejuſ-

2) Quia ſemper perſonam requirit, quæ uti frui poſſit, ac ſine perſona, in qua fundetur, ſubſiſtere nequit. Uti frui autem nondum licet iacente hereditate, quia dubium, an teſtamentum exitum habiturum. Heuric. a Svern. *repet. Lect.* C. 23. alter Rob. 2 *Sent.* 16.

3) Atqui annui legati dies a morte cedit *L.* 12. §. 3. *Quan. di. leg.* cum tamen æque non transferatur ad heredem. Diſcrimen unde? Svern *d.* C. 23. quia ibi non requiritur factum perſonæ, ſed ius ipſum competit etiam ante aditam hereditatem. Cuiac. ita 23. *obſ.* 10. vel quia uſusfructus conſtituitur cum quis frui poteſt. Non poteſt autem frui legatarius antequam heres ei ceſſerit uſumfructum vel in fundum induxerit, *L.* 29. *de Uſ. leg.* Nec heres poteſt cedere ante aditionem. Sed huic rationi ait locum eſſe in legato damnationis, non vindicationis. Vel quia annua legata ex die mortis relinqui ſolent *L.* 16. *L.* 18. *L.* 19. *de ann. leg.* Et hæc mens videtur teſtatoris, ut annus numeretur a die obitus ſui. Quæ præſumptio induci nequit in uſufructu. Effectus autem hic. Uſusfructus legato, ſi poſt multos annos adeatur hereditas, non debetur uſusfructus omnium annorum legatario, ſed ex die tantum aditionis. Legatis autem annuis relictis, etſi poſt multos annos adeatur, omnium præteritorum annorum, & ſic quoque eorum, qui intervenerunt inter obitum & aditionem, penſitationes debentur, Cuiac. *d. loc.* vid. Ægid. Hortenſ. *ad Tit. Quan. di. uſ. leg. ced.*

eiuſmodi uſusfructus nullo modo non utendo amittitur, neque in eos annos, qui præceſſerunt, neque in futuros: nam in præteritis annis ſingulis non poteſt fructuarius dici niſi uno anno uſus eſſe eo uſufructu, qui ſingulis attribuitur; quoniam ſingulorum annorum ſua ſunt & diſtincta legata. At per unum annum non utendo nullius rei uſusfructus amittitur, ne ſi mobilis quidem res ſit, ex conſtitutione Iuſtiniani. Futurorum autem annorum uſusfructus alternis annis relictus ideo non utendo amitti non poteſt, quia nondum eius dies ceſſit.

C A P. X X I.

Habitationem, & Operas ſervorum, utcumque pro uſufructu habeantur cæteris in rebus, non tamen ſuperioribus omnibus modis ſimiliter ut uſusfructus, amitti: Quibus non amittantur, & quam recte conſtitutum.

Habitatio, & ſervorum operæ proprio quodam iure ſunt in amiſſione, & hactenus quoque differunt ab uſufructu. Exponitur Papiniani locus in L. 2. *verſ.* & quia D. de uſ. & uſufr. legat. I. *Habitatio non utendo, & capitis deminutione non amittitur. Et quare* II. III.
Item nec operæ ſervorum. IV.
Sed tamen hæ etiam fructuarii morte non amittuntur. Quæ diſcriminis ratio. V.

I. QUod ad habitationem, & operas ſervorum attinet, habent hæc effectu uſumfructum: quamvis tamen eorum dies ceſſerit, non ſtatim amittuntur ſuperioribus modis, ſed in ea re proprio quodam iure utuntur. Habitatio, ut initio monui, veteribus erat uſus. *L. ſi habitatio*, in princ. *D. de uſu & hab.* Conſtitutio Iuſtiniani voluit eſſe pro uſufructu. *L. cum antiquitas, C. de uſufr.* Operis ſervi legatis, placet iam olim, uſumfructum contineri. *L. 4. D. de op. ſerv.* Scriptum tamen a Paulo legimus in *L. 1. §. ſi uſusfructus, D. ad leg. Falcid.* operis ſervi legatis neque uſum, neque uſumfructum legatum videri. A Papiniano item in eamdem ſententiam in *L. 2. D. de uſ. & uſufr. legat.* hominis operis legatis, legatarium fructuarium non eſſe. Sed horum utrumque quomodo accipiendum ſit, interprete Ulpiano intelligemus, qui de habitatione, & operis loquens in *L. 5. §. ult. D. uſufr. quem. cau.* ita ſcribit, hæc duo non per omnia uſumfructum imitari. Significans hæc uſumfructum imitari, non tamen per omnia, id eſt, non ita, quin in his aliquid ſit diſſimile. Quod & verum eſt. Qua in re ergo eſt hæc diſſimilitudo? Non utique in harum rerum acquiſitione: ſed nec in eo, quod præcipue harum rerum vim & effectum continet, percipiendi uſusfructus iure. Conſtituuntur enim iſta eodem modo, quo uſus & uſusfructus; teſtamento ſcilicet, & pactionibus. Conſtituta eumdem fructum, eadem commoda accipientibus tribuunt. *d. L. cum antiquitas, C. de uſufr. d. L. 4. D. de op. ſerv.* Reſtat igitur, ut [1] diſſimilitudo ſit in iſtis amittendis, qua de amiſſione nunc agimus. Et eſt omnino in hac amiſſione: de qua cum loqueretur Papinianus in *d. L. 2. D. de uſu & uſufr. leg.* non mirum, ſi definitionem ad hanc ſpeciem retulit, ut diceret eum, cui operæ legatæ ſunt, fructuarium non eſſe, dum hoc ſentit per omnia non eſſe: in hac certe amittendi ratione non eſſe, ut ab initio oſtenderat.

II. De harum ergo ſpecierum duarum amiſſione ita placuit. De habitatione quidem ita ſcriptum eſt in *d. L. ſi habitatio*, in princ. *D.* de uſ. & hab. *ad heredem tamen nec ipſa tranſit; nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.* Ex quo intelligimus, habitationem cæteris omnibus modis amitti ut morte fructuarii, rei mutatione, uſusfructus conſolidatione. Cæterum duobus his non amitti, non utendo, & capitis deminutione. Sed cur hoc in habitatione potius placuit, quam in uſufructu ſub appellatione uſusfructus aperte relicto: cum veteres ipſi agnoverint in habitatione effectu uſum contineri: *d. L. ſi habitatio, D. de uſ. & hab. L. ſi quis uvas, 32.* in fin. *D. de uſufruct.* Iuſtinianus vero in habitatione conſtituerit ædium uſumfructum *d. L. cum antiquitas, C. de uſufruct.* Conſtet autem uſum & uſum-

[1]) Male Vult. *in §. pen. I. de uſu & hab. n.* 3. nullam eſſe rationem diverſitatis quam quod Romanis ita placuerit. Nec melius *ibid. & ad §. ult. I. de uſuf. n.* 1. hoc correctum eſſe per *L.* 13. *C. de ſerv.*

uſumfructum ſuperioribus omnibus modis pariter amitti? Neque enim dicemus ideo hæc differre, quia verbis diſtincta ſunt; quandoquidem nihil verba plura ad rem pertinent, ſi res eſt eadem; cum non verbis, ſed rebus leges imponantur. *L.* 2. in fin. *C. comm. de leg.*

III. Et recte, puto, dicemus in habitatione vel, ut olim, uſum contineri, vel, ut nunc, uſumfructum; ſed eum uſumfructum, cuius dies per ſingulos dies cedat. Idque hoc argumento deprehendimus. Nam quæ in facto alieno poſita conſtituuntur alicui pro commodo eius, placet non ante ea cedere, quam is oſtenderit ſe velle his uti, cui conſtituta ſunt; ut de operis liberti definitur in *L. quoties*, in fin. *D. de oper. lib.* Porro ſic eſt habitatio, ut non aliter conſtituatur alicui, quam ut habitet, cum ſibi commodum, & quandiu commodum eſſe putabit. Non enim ut cæteris rebus ſtatim & ſemper uti poſſumus ſine incommodo noſtro: ita habitare ſine incommodo ſtatim poſſumus. Nam habitare non eſt tantum verſari in ædibus: ſed ita verſari, ut illic vivas, & te habeas; unde habitandi nomen. Quam ad rem prius neceſſe eſt multa neceſſaria in eam domum importare, lectos, cubilia, ſuppellectilem, pœnum, & innumera ad victum pertinentia. Sed & habitanti multæ cauſſæ incidunt vel ab aere, vel ab aliis incommodis, cur velit habitationem mutare. Quare naturæ eius convenit, ut non ante nec diutius dies eius cedat, quam volet habitare. Quod ſi ita eſt, fit iure etiam cum uſufructu communi, ut habitatio nec non utendo, nec capitis deminutione amittatur. Nam nec uſusfructus ipſe aperte relictus amitteretur, cuius dies per ſingulos dies, vel menſes, vel annos cederet, ut ante diximus. *d. L.* 1. in pr. *quand. di. uſusfr. leg. ced.* Quo magis autem placeat hæc ratio, facit *L. legatum*, *D. de cap. min.* ubi Modeſtinus legatum in annos ſingulos, menſes ſingulos, & habitationem legatam in hac ipſa amiſſione comparat; una oratione definiens utrumque capitis deminutione legatarii interveniente perſeverare. Quod nihil aliud eſt, quam capitis deminutione non amitti. Addit quidem hanc rationem; videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in iure conſiſtit. Sed & hæc ratio idem exprimit. Quia enim potius in facto eſt, evenit, ut ſingulis diebus aut menſibus aut annis dies cedat: quoniam ſingulorum dierum ſua ſunt & diſtincta facta, quæ quotidie conſtituuntur, & quotidie intereunt, ut de uſufructu hac ipſa de cauſſa traditum eſt in *L.* 1. §. *penult.* in fin. *D. de uſufr. accreſc.* Atenim, dicet aliquis, ſi & uſusfructus in facto eſt, ut eſt; *L.* 1. in princip. *D. quan. di. uſusfruc. leg. ced.* cur non & uſumfructum eodem modo non interire dicimus? Quia ita eſt in facto, ut ſit etiam in iure, niſi & ipſe in ſingulos annos, vel menſes ſimiliter relictus ſit. Sed prior illa ratio & tutior eſt, & certior; quæ facit, ut eius legati dies non cedat ſemel, ſed ſæpius, & per ſingula tempora adiecta. Quod iuris certi eſt. *d. L.* 1. in pr. *quan. di. uſ. leg. ced.*

IV. Operæ ſervorum legatæ primum duobus iſtis modis pariter non amittuntur, non utendo, & capitis deminutione. *L.* 2. *D. de uſufr. leg. L.* 2. *D. de op. ſerv.* Quod multo minus in his mirum videri debet, quam in habitatione. Nam operæ ſervorum, uti & libertorum, illæ ſunt præcipue, de quibus traditum eſt, cum edantur ex commodo & arbitrio eius, cui debentur, abſurdum eſſe eas cedere ante, quam ille ſibi commodum eſſe oſtenderit, ſeu quam fuerint indictæ. *L. cum patronus*, in pr. *L. quoties*, in fin. *D. de op. lib.*

V. Sed hoc amplius eſt in operis, quam in habitatione, ut operæ legatæ nec morte legatarii amittantur, ſed ad heredem eius tranſeant. *d. L.* 2. *de uſufr. leg.* Quod quidem prima ratione multo minus liquet, quam ſuperiora. Finitur omnis uſusfructus morte, etiam ſi nondum eius dies ceſſerit. *L.* 2. *L.* 3. *quand. di. leg. ced.* Sed & finitur habitatio, quantumvis placeat eam capitis minutione fructuarii non interire. *d. L. ſi habitatio. D. de uſ. & hab. d. L. legatum. D. de cap. min.* Cur ergo hoc diſſimiliter in operis ſervorum, in quibus fatemur conſiſtere fructum hominis? *L.* 4. *D. de op. ſerv.* Opinor, quia uſusfructus & habitatio facta habent conſiſtentia in perſona utentis, ſeu eius, cui illa debentur. Operæ ſervorum [2] facta conſiſtentia in perſona ſervorum, qui illas debent. Si hæc facta ex alicuius perſona æſtimari oportet, ut in hac amiſſione æſtimari videmus: plane naturæ cuiuſque conveniebat, ut unumquodque ex perſona eius in quo conſiſtebat, aut ſtaret, aut interiret. Conſentaneum igitur, ut uſusfructus & habitatio, quæ in facto utentis conſiſtunt, ex perſona

quo-

2) Cuiac. *d. lec.* 7. *ad Afr.* Nomen, ait, operarum oſtendit eas ſpectari ex perſona operarii. Ideoque manente eo manent operæ in obligatione, etſi creditor non petat, capite minuatur, moriatur.

quoque eius intereant, non alterius. Operæ autem, quæ ſunt in facto ſervi, etiam ex huius perſona ſic æſtimentur, ut non intereant ullo modo ex perſona fructuarii.

C A P. XXII.

Ne uſumfructum quidem, etiam cuius dies ceſſerit, ullo modo ex ſuperioribus amitti, ſi ſit repetitus. Repetitus uſusfructus quomodo intelligatur. In operis ſervorum legatis contra evenire, ut hæ aliter quoque quam ſuperioribus modis amittantur. Id uno modo contingere, uſucapione ſervi. Et quam recte receptum præter rationem communem omnium aliarum rerum, quarum uſusfructus legatus eſt.

Uſusfructus etiam, qui fuerit repetitus, non utendo, & capitis deminutione non amittitur. Qui ſit eiuſmodi. I.

Repetitus hac adiectione: Quoties amiſſus erit, *valet, excepta* 1. *morte fructuarii.* II.

Niſi tamen & hic heredibus ita legaverit teſtator. Quæ hic heredum habenda interpretatio, alibi ex Iuſtiniano. III.

2. *Ipſius rei mutatione.* IV.

Repetitio uſusfructus expreſſa, vel tacita. Duplex utriuſque modus: & quæ modi utriuſque clauſulæ ſeu formæ. V.

Quatuor exceptionum tribus proximis capitibus expoſitarum collectio; & ad aliam tranſitio. VI.

Servorum operæ non iis modis dumtaxat, quibus uſusfructus; ſed præterea & dominii mutatione, & uſucapione ſervi amittuntur. VII.

Contraria diluuntur. Et differentiæ ratio explicatur. VIII.

I. SEd quiſquis erit, non dico, uſus aut habitatio, aut operæ ſervorum; ſed verus uſusfructus, etiam quem conſtet natura ſua ſuperioribus modis amitti poſſe: tamen voluntate teſtatoris fit, ut non amittatur, ſi ſit repetitus. Repeti uſusfructus legatus poteſt. *L. repeti. D. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Repetitus tam retinetur, quam ſi amiſſus non eſſet. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Repetitus uſusfructus dicitur, cum teſtator eum uſumfructum, quem ab initio legavit, iterum eidem legat ſub conditione, ſi ſit amiſſus. *d. L.* 3. in princip.

II. Quocumque modo amiſſus ſit uſusfructus, ſi illo modo repetatur, valet. *d. L. repeti. d. L.* 3. in princ. Dummodo non ſit amiſſus morte fructuarii. *d. L. repeti.* Ut puta, teſtator fruſtra ita leget: fundi Corneliani uſumfructum Titio do lego: & ſi morietur, ei lego. Merito. Nam neque hic uſusfructus ex repetitione ipſi Titio deberi poteſt, neque eius heredibus: Illi, quia mortuo legari non poteſt: Eius heredibus, quia his nihil eſt legatum.

III. Sane ſi heredibus teſtator legaverit, recte repetetur uſusfructus, ut utilller ad eos tranſeat. *d. L. repeti,* in pr. *D. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Dum tamen meminerimus hoc legatum ſic accipiendum ex conſtitutione Iuſtiniani, ut ad heredem tantum primum pertineat. *L. antiquitas, C. de uſufr.* Quod quam recte conſtitutum ſit ex natura uſusfructus, & mente legantis, dixi *ſupra huius Libri Cap.* 17.

IV. Quod de morte fructuarii Ulpianus dicit, poſt hanc uſumfructum etiam repetitum intercidere: licet intelligere idem iuris eſſe & in rei fructuariæ mutatione. Nam ut poſt mortem fructuarii nemo eſt, qui utatur fruatur ex voluntate teſtatoris: ſic re mutata, non eſt res, quæ hunc uſumfructum recipiat. Neque vero magis ſine re, qua utamur, conſiſtere uſusfructus poteſt, quam ſine perſona, quæ utatur fruatur. Unde videmus ſimul hæc concurrere in uſufructu amittendo, cuius dies nondum ceſſit, ut quemadmodum placet eum morte fructuarii amitti: ita placeat amitti pariter & rei mutatione, ut *ſupra* oſtendimus *Cap.* 20. *eiuſdem Libri.*

V. Repetitus uſusfructus ſic intelligitur, ut alias exprimatur repetitio; alias ſignificetur. Exprimitur cum aperte iterum legatur idem uſusfructus, expreſſa conditio-

Digitized by Google

tione: [1] ſi amiſſus erit: vel ſpecialiter, ut *quoties amiſſus erit capitis deminutione:* vel generaliter & univerſim, ut *quoties amiſſus erit, vel cum amiſſus erit, do lego. L.* 3. in princ. *D. quib. mod. uſusfr, amitt.* Non expreſſa repetitio ſignificatur, & nihilominus eumdem effectum habet, cum omiſſa ſuperioris legati & conditionis repetitione, uſusfructus legatur alicui, *quandiu vivet.* Idem eſt & ſi legetur ad tempus, quanvis certum, puta uſque ad decennium. *d. L.* 3. in princ. Quod ad tempus legatur, eiuſmodi eſſe apparet, ut velit teſtator uſque ad id tempus omnimodo deberi: Ergo etſi per id tempus aliquoties amiſſus erit. Quod ſi interim amiſſum nihilominus deberi vult: perſpicuum eſt voluntate eius iterum uſque ad idem tempus legari. Hoc autem nihil aliud, quam uſumfructum uſque ad id tempus repeti in eum caſum, quo amiſſus erit, Ergo etſi uſusfructus alicui relictus erit In annos ſingulos, aut menſes, aut dies, idem dicendum erit, ut commemoratio temporum repetitionis poteſtatem habeat. *L.* 2. *§.* 1. *D. quib. mod. uſusfruc. amit.* Quia ſcilicet legatum huiuſmodi ut plura legata habet: ita primi anni legatum purum eſt, ſequentium ſub hac conditione, ſi legatarius vivet, eoque & quandiu legatarius vivet. *L.* 4. *D. de ann. legat.* Quamquam cur hoc legatum aliis modis, quam morte aut rei mutatione non amittatur, hæc etiam ratio eſt quod per ſingula tempora adiecta eius legati dies cedat, ut *ſupra* diximus. *L.* 1. in princ. *quand. di. leg. ced.*

VI. Sunt ergo hæ exceptiones quatuor, in quibus accidit, quod propoſui, ut neque omnis uſusfructus ſuperioribus omnibus modis intereat, neque ſemper, qualiſcumque ſit uſusfructus. Exceptiones ad eam partem collatæ, qua ſuperioribus modis amitti uſumfructum dicebamus. Altera parte circa hanc amiſſionem fuit, qua diximus, ut ſuperioribus modis uſusfructus amittitur, ſic aliis non amitti.

VII. Hic una exceptio eſt in operis ſervorum legatis. Cæterarum rerum uſusfructus, atque adeo ſervitutes ipſæ prædiorum, mutatione dominii non amittuntur, eoque nec uſucapione. *L. neque D. quib. mod. uſ. amit. L. locum. §. pen. D. de uſuf.* Operæ ſervorum legatæ contra. Servo uſucapto, harum legatum perit, ut eſt reſponſum Papiniani in *L.* 2. in fin. *D. de uſufruc, leg.*

VIII. Cuius ſive iuris, ſive ſententiæ ratio merito quæritur. Eſt enim eiuſmodi, ut potius contra manifeſtam iuris & æquitatis rationem conſtitutum videatur: ut niſi certa ratione defenditur, ſit potius plane reiiciendum. Placet uſucapionem non perimere ius alienum, quod fuit in re ante, quam uſucaperetur. Puta, re uſucapta, non perimitur creditori pignus, quod in ea re ante uſucapionem habuit: non uſusfructus ante conſtitutus. *L. iuſto, §. non mutat. D. de uſucap. d. L. locum, §. pen. D. de uſufr.* Hoc quidem per ſe ſatis argumenti eſſe videbatur, ut diceremus nec ſervo uſucapto perimi ius operarum, quod legatarius in eo ſervo habuit. Sed quo magis id dicamus, adiicitur a Papiniano in *d. §. non mutat.* ea ratio circa pignus & uſumfructum, quæ plane ad operas pertineat. Negat ille uſucapione pignus aut uſumfructum amitti, quia hæc nulla ſocietate dominio coniunguntur. Atqui eadem eſt cauſſa operarum. Poſſunt enim ſervi operæ legari alii, & alius eſſe dominus ſervi. Immo vero nulli alii operæ ſervi utiliter legari poſſunt, quam non domino. *tot. Tit. D. de op. ſerv.* ut plane nihil inter ſe coniuncti habeant, dominium ſervi, & operæ eius legatæ. Quare ſuperiore ratione in pignore & uſufructu per uſucapionem non amittendo poſita, quæ & optima eſt, & reddita a Papiniano in *d. §. non mutat.* par erat, ut idem Papinianus ſibi conſentiens idem de operis reſponderet, ſervo videlicet uſucapto, non perire operas in eo ſervo legatas. Aut ſi hoc ante ius certum fuit, quod Papinianus tantum uſurpavit: fatendum, aut non recte eſſe conſtitutum, aut cur hic a ſuperiore iure receſſum ſit, ratio eſt explicanda. Nos vero dicemus neque hic quidquam fieri adverſus ius ſuperius de vi uſucapionis receptum, & quod de amittendis uſucapione operis præter rationem communem uſusfructus & reliquarum ſervitutum conſtituitur, propria quadam ratione operarum recte conſtitui. Operæ

1) Obſt. *L.* 23. *de Uſ. leg.* ex qua probari videtur tunc tantum repetitioni locum eſſe cum in annos ſingulos relegatur. Variantes ea lex & interpretationes & correctiones patitur. Cuiacius 24. *Obſ.* 17. *&* 1. *not.* Merc. 5. pro *tunc tantum* legit *nec tantum:* Robertus, notato Cuiacio 1. *Animadv.* 5. *&* 1. *notat. ad* Merc. 5. ex vetuſtis *MSS.* ac impreſſis libris *tunc tamen.* Perrenon. 2. *Animadv.* 5. *nec tamen.* Sane graviter ægrotat is locus, cui an lenior medicina fieri poſſit nondum liquet. Quid tamen ſi dicemus verborum: *tunc tantum eſſe huic conſtitutioni locum*, non eſſe eum ſenſum, quaſi repetitio non in aliis legatis, quam quæ in ſingulos annos relicta, fieri poſſit; ſed quod hoc caſu pluſculum ſit dubii, an ipſa relegatione tacite repetitus cenſeatur uſusfructus, ac per eam a communi natura aliquatenus receſſum, ideoque tunc *locum eſſe* conſtitutioni, id eſt deſideratum fuiſſe Imperatoris reſcriptum, cum in eo caſu, quo teſtator expreſſis verbis repetiit, ob non dubiam legantis voluntatem, nec princeps adeundus fuerit.

peræ ſervi legatæ, uſucapto ſervo, pereunt. At non propter uſucapionem, quam quidem ſemper fatendum eſt non mutare ius in eo ſervo ante conſtitutum: ſed propter velut [1] mutationem quandam perſonæ in ſervo contingentem tunc, cum ſervus in alterius domini poteſtatem uſucapione tranſit. Dubium enim non eſt, quin quidquid eſt ſervi, ac conditio ipſa perſonæ, quæcumque eſt, ſit domini, iure poteſtatis. Omnia enim in poteſtate: poteſtas autem domini. *L. ult. D. de ſtip. ſerv.* Conſtat autem ut domini ſunt, ita eſſe aliam atque aliam dominorum poteſtatem. Quapropter & dominio mutato fit alia ſervi conditio, quando hæc conditio tota eſt dominicæ poteſtatis. Quam autem recte placeat propter hanc mutationem perire operas ſervi, ex iis ipſis, quæ de perſona eius, non autem legatarii ſpectanda eſſe diximus, intelligi poteſt. Prius pro legatario, cui operæ legatæ ſunt, conſtitutum erat, ut ne operæ ſervi amitterentur ex perſona legatarii, quo ei maneret uſusfructus, ſed ex perſona tantum ſervi; ut in cuius perſona operæ conſiſterent. *d. L. 2. D. de uſufr. leg.* Conveniebat, ut adverſus eumdem legatarium placeret perſonam ſervi ſpectari, quo operæ eidem illi legatario perirent. Ratio ducta ex illa regula generali æquitatis. Quod quiſque iuris in alium ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur. *L. 1. D. quod quiſ. iur.* Vult legatarius, ſi quid in perſona ſua contigerit, nihilominus perſonam ſervi ſpectari, quæ eadem manet, ut retineat uſumfructum, idque adverſus dominum ſervi. Æquum eſt, ut velit eumdem ſpectari adverſus ſe, ut ſi quid in ſervi perſona contigerit, uſumfructum amittat.

[1]) Cuiac. 19. *Obſerv.* 23. ita: Quia operæ conſiſtunt in actu & miniſterio ſervi. Ergo ius dominii ſequuntur, quod uſucapione quæſitum eſt.

CAP. XXIII.

Amiſſus uſusfructus ad quos redeat: Et de uſufructu accreſcendo.

Rerum nexus, & inſtituendæ per ſe quæſtionis neceſſitas. I.

Amiſſus uſusfructus, ſi re coniunctum *non habet, redit ad proprietarium.* II.

Totus, aut pro parte. Amiſſæ partis exempla. III. IV.

Sed amiſſa coniuncti *portio alteri accreſcit.* V.

Ius accreſcendi inter fructuarios quid ſit. Et cur hic a communi loco de iure accreſcendi ſeparata de uſufructu inſtituta tractatio. VI. VII.

Tria ſegregatæ que tractationis capita. VIII.

1. *Portio legati uſusfructus quæſita, & poſtea quocunque modo amiſſa in uno accreſcit alteri, eui eiuſdem rei legatus fuit uſusfructus, & quare non idem iuris in legata proprietate.* IX.

Uſusfructus quotidie legari potius, quam proprietas quare dicatur. X.

Contrariis occurritur. XI.

2. *Portio legati uſusfructus amiſſa coniuncto, etiam qui amiſerit, partem ſuam accreſcit. In hereditate vel legato ſecus.* XII.

3. *In coniunctionis modo, communia; quædam ſed ex his item propria.* XIII.

Commune ius accreſcendi in re coniunctis; *Eædem coniungendi formæ & effectus: &* in re diſiunctis *ceſſatio iuris accreſcendi.* XIV.

Uſusfructus propria coniunctio, *ideoque ius accreſcendi inter hunc, cui teſtator fundum legaverit; & illum, cui legaverit eiuſdem fundi uſumfructum.* XV.

Item ius accreſcendi ſalvum illi, cui poſt amiſſam partem teſtator relegavit eumdem, quem ab initio coniunctim habuerat, uſumfructum. XVI.

Etſi non integrum, ſi partem dumtaxat relegaverit, non totum. XVII.

Item propria uſusfructus ex alio diſiunctorum capite duplex ſpecies. XVIII.

1. *Nullum ius accreſcendi inter inſtitutos hæredes in uſufructu eius rei, cuius proprietas fuit alicui legata.* XIX.

2. *Item nullum inter eos, quorum ſingulis ab heredibus ſingulis legatur eiuſdem rei uſusfructus.* XX.

Pars

Pars deficiens uſusfructus communi ſervo legati, & per hunc utrique domino quæſiti ad alterum ex dominis pertinet non iure accreſcendi, ſed iure poteſtatis. Celſus in L. & Proculo 20. D. de leg. 2. *Cum Vlpiano in* L. 1. §. denique D. de uſufr. accr. *conciliatur*. XXI. XXII.

Quid interſit quo iure pars unius domini deficiens ad alterum pertineat. Explicatur Vlpiani locus in L. 1. §. idem ait. D. de uſufr. accreſc. XXIII. XXIV.

I. AMiſſo finitoque uſufructu, ex re ipſa incidit quæſtio, & ea poſtrema de conſtituto uſufructu, ad quem is amiſſus redeat. Non admodum neceſſaria, quæ ſeparatim tractetur, ſi quidem amiſſus ſemper ad proprietatem rediret. Sufficeret enim uno verbo moneri, uſumfructum ut cum conſtituitur, ſeparatur a proprietate: ita poſtquam eſſe deſiit, ad eamdem proprietatem, unde diſceſſerat, reverti. Nunc autem non ſemper amiſſus redit ad proprietatem. Ideo de eo amplius hoc loco cognoſcendum.

II. Et duo ſunt, ad quos amiſſus uſusfructus redit iure, proprietarius; & qui ex pluribus in eundem uſumfructum coniunctus eſt. Non tamen ut his acquiratur ſimul & coniunctim: ſed cuique ſuo loco atque ordine. Nam ſi duo coniuncti ſint in eundem uſumfructum, prima hic cauſſa eſt coniunctorum, ut, uno uſumfructum amittente, uſusfructus ad alterum redeat, nihil ad proprietarium, ut mox dicetur. Quod ſi nulli hi coniuncti erunt, tum uſusfructus redit ad proprietatem.

III. Et quidem citra controverſiam tunc, cum finitus fuerit totus, quæ conditio additur in §. *ult. Inſt. de uſuf.* Cum enim uſusfructus dominii pars ſit: *L. Mævius, 66. §. pen. L. cum filius, 76. §. dominus, D. de leg. 2. L. 4. D. de uſuf.* neceſſe eſt, ſi alius uſumfructum non habet, quod contingit omnium, qui prius habuerunt, uſufructu amiſſo, eum uſumfructum cum dominio coniungi, eoque ad proprietarium pertinere. Quid ergo, ſi pro parte tantum amiſſus erit uſusfructus? nam hæc conditio, ut dixi, nominatim additur in *d. §. ult. Inſt. de uſuf.* ut illic dicatur uſusfructus reverti ad proprietatem, cum ſcilicet finitus fuerit totus. Et ſciendum eſt, non ideo addi illic hanc conditionem, quia ſi uſusfructus pro parte amittatur, nunquam redeat ad proprietatem: ſed quia non redit ſemper. Non enim redit tunc, ut dixi, cum plures in eumdem uſumfructum coniuncti ſunt, & unus uſumfructum ſuum amittit, de quo poſtea. Cæterum ubi unus eſt tantum fructuarius, aut plures non coniuncti: ſive totus amiſſus eſt uſusfructus, sive pars tantum, quidquid inde amiſſum eſt, ad proprietatem redit, ut pote pars dominii, cui & eam partem adiungi neceſſe sit, si a nullo alio habeatur.

IV. Multis modis pro parte uſumfructum amitti poſſe ſupra diximus: veluti, si quis fundo pro parte diviſa aut indiviſa uſus non sit: si pars fundi certis regionibus a flumine novo alveo occupata sit: si in parte areæ fructuariæ ædificium poſitum: si partem uſusfructus fructuarius ceſſerit extraneo: & ſi quæ ſunt ſimilia. Nam, excepta capitis minutione, vel morte, reliquas cauſſas vel pro parte interitum uſusfructus recipere convenit. *L. excepta, L. placet, D. quib. mod. uſ. amit.* In his omnibus hoc tenendum eſt, uſumfructum amiſſum ad proprietatem redire. Nec alia re magis id probatur, quam quod dicitur his modis pars uſusfructus amitti. Nam ſi amittitur, apud eumdem fructuarium non manet. Quod ſi non manet, ad quem redire poteſt, niſi ad eam proprietatem, quæ hunc tanquam partem ſui ad ſe trahit? Sed etsi pluribus eiuſdem rei uſusfructus conſtitutus sit: si tamen inter eos non sit ius accreſcendi, uno parem ſuam amittente, pars ad proprietarium redit, non ad alterum, cui eiuſdem rei uſusfructus conſtitutus eſt. *L. 2. D. de uſufr. accreſc. L. ſi ſub conditione, D. quib. mod. uſufr. amit.*

V. Sed hæc, inquam, ita, si nulli sint in eumdem uſumfructum [1] teſtamento coniuncti. Quod ſi erunt, tum ſane uſusfructus redibit ad proprietatem, cum totus finitus fuerit, ut eſt in *d. §. ult. Inſt. de uſufr.* ideſt, cum omnes coniuncti uſumfructum amiſerint. Uno autem tantum uſumfructum amittente, uſusfructus amiſſus ad coniunctum redit, non ad proprietatem, idque accreſcendi iure. Id autem ius tale eſt. Ut in cæteris rebus legatis cum eadem res pluribus ab eodem teſtatore legata eſt, quos coniunctos, dicimus, quia in eamdem rem coniuncti ſunt. *L. re coniuncti, D. de leg. 3. L. triplici, D. de verbor. ſignificat.* eſt inter legatarios ius accreſcendi, quo fit, ut unius deficientis

1) Aliud in uſufructu inter vivos conſtituto, ut recte contra DD. vulgo Cuiac. *ad L. 64. de Contr. empt.* Vaſq. *Lib. 1. de Succeſſ. creat.* §. 10. n. 127. Io. Gnev. *Lib. 2 de I. accreſc.* C. 2. *pag.* 82. Sverin. *de Uſufr. accr. pag.* 3. *& ſeq.*

tis portio alteri coniuncto accreſcat. §. *ſi eadem, Inſt. de leg. L.* 1. §. *interdum, D. de uſufr. accreſc.* ita eſt & inter plures fructuarios, quibus ab eodem teſtatore eiuſdem rei uſusfructus in ſolidum legatus eſt, ſive coniunctim, ſive ſeparatim. *d. L.* 1. in pr. & §. *interdum, L.* 3. in pr. *D. de uſufr. acc.*

VI. Hoc iure pars amiſſa & deficiens aperte accquiritur ei coniuncto, cui prius quæſita non erat: ut videri poſſit hic locus de uſufructu accreſcendo referri debuiſſe ad eos modos, quibus uſusfructus acquiritur. Sed animadvertendum eſt, deficientem hanc partem non acquiri alteri coniuncto, niſi poſtquam amiſſa eſt. Ita prius eſt omnino, ut de ipſa amiſſione quæratur, quam de amiſſionis effectu, ut non ſit alius opportunus de hac re quærendi locus, quam hic, in quo quæritur, amiſſus uſusfructus ad quos redeat. Et certe amiſſus uſusfructus totus ad proprietatem rediens ei quoque acquiritur, cum pars eius non eſſet. Neque tamen prius agitur de hac acquiſitione, quam conſtiterit uſumfructum eſſe amiſſum, ut quæratur, ad quem hic amiſſus redeat. *d.* §. *ult. Inſt. de uſufr.* Et obſervare poſſumus hunc eundem locum ibi tractatum eſſe a veteribus, ubi de amiſſione uſusfructus ab his agebatur. Certe de his eodem libro ſcriptum eſſe ab Ulpiano, nempe libro 17. *ad Sabinum*, indicant *inſcriptiones L.* 1. *D. de uſufr. accreſc.* & *L.* 1. *D. quib. mod. uſusfr. amit.*

VII. Nunc de ipſo iure videamus. Et ſi in uſufructu idem ſervaretur per omnia de iure accreſcendi, quod in cæteris rebus, cum res eadem pluribus legata eſt, nihil opus eſſet ſeparatim de eo in uſufructu agere. Sufficeret enim quæſtionem remitti ad locum communem de iure accreſcendi, quod eſſet inter plures heredes, aut legatarios. De quo ante diximus cum in hereditatibus *Lib.* 7. tum in legatis *Lib.* 8. Ius comprehenſum de hereditatibus & legatis præcipue in *L. unica*, §. *his ita*, §. *ubi autem. C. de cad. tol.* Nunc autem in eo iure propria quædam ſunt uſusfructus, propter quæ neceſſe ſit de uſufructu accreſcendo ſeparatim agere, ut & in Pandectis, & a veteribus hoc loco factum videmus. Quod & ius nunc breviter exſequar: non ut communia quæ ſunt, percurram, quæ melius ex loco communi petentur: ſed ut attingam tantum, quæ ſunt huius loci propria, & quorum cauſſa hæc tractatio inſtituitur.

VIII. Tria ſunt igitur, de quibus præcipue in uſufructu accreſcendo moneri oporteat, ex quibus duo priora vere ſingularia & propria uſusfructus: tertium vel proprium, vel eiuſmodi, de quo an proprium ſit, poſſit dubitari. Primum eſt in parte uſusfructus deficiente, eademque accreſcente. Alterum in perſona eius, cui eam partem accreſcere volumus. Tertium in coniunctionis modo, qui ius adcreſcendi admittat.

IX. Primum in parte deficiente & accreſcente hoc ſingulare. Nam in cæteris rebus cum eadem res pluribus relicta eſt, nunquam unius portio cuiquam accreſcere poteſt, niſi cum is, cuius ea portio eſt, defecit, id eſt, ea portione excluſus eſt, vel quia noluit ad ſe pertinere, vel quia deceſſit, die legati nondum cedente, vel quia conditio, ſub qua relictum erat, defecit. Idemque in pluribus heredibus, qui ad eamdem hereditatem vocati ſunt, ius eſt. §. *ſi eadem, Inſt. de leg. L. qui ex duabus*, §. *ult. D. de acq. hered. L. ſi ex pluribus, D. de ſuis & leg. her. L.* 3. §. *ult.* & 2. *LL. ſeqq. D. de bon. poſſeſ.* In uſufructu hoc plus eſſe traditur in *L.* 1. §. *interdum, D. de uſufr. accr.* quod & conſtitutus, & poſtea amiſſus nihilominus ius accreſcendi admittit. Finge Primo & Secundo legatum uſumfructum fundi. Altero quidem repudiante, conſtat alterum totum uſumfructum habiturum. Sed ut maxime ambo legatum agnoverint, ſi unus poſtea portionem ſuam amiſerit vel morte, vel capitis deminutione, vel quo alio modo, nihilominus alteri coniuncto accreſcet. Addita eſt ibidem ratio Celſi & Iuliani; uſusfructus, aiunt, quotidie conſtituitur & legatur; non ut proprietas eo ſolo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui ſibi concurrat, ſolus utetur in totum. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. Hæc ratio hanc ſententiam & collationem continet. Cum res eadem duobus legata eſt, neutrius portio deficiens accreſcit alteri, niſi quæ etiam illi alteri legatur. Ideo enim placet eam ad alterum totam pertinere iure accreſcendi, quia tota ei legari intelligitur, altero non concurrente. §. *ſi eadem, Inſt. de leg. L. coniunctim*, 80. *D. de leg.* 3. *L.* 3. in pr. *D. de uſ. acc.* At cum proprietas legata eſt duobus, legatur eo ſolo tempore, quo vindicatur, aut vindicari poteſt, id eſt, quo nondum quæſita eſt. Quippe ſemel vindicata & quæſita non poteſt dici alterutri legari: vel eidem quia eam iam habet, & quod eius eſt, amplius eius fieri non poteſt: §. *ſic itaque, Inſt. de act.* vel alteri coniuncto,

quia partibus unius concurſu factis, neutri legatur ſolidum. *d. L. coniunctim, de leg.* 3 Quare ſi portio proprietatis ſemel quæſita poſtea amittatur, ne accreſcet quidem coniuncto, cui amplius non legatur. Commutata ratione in uſufructu contrarium nimirum colligi oportuit. Sic ergo in uſufructu aſſumptio eſt: At uſusfructus eiuſdem rei duobus legatus non ſolum ab initio cum vindicatur, aut vindicari poteſt nondum quæſitus, legatur utrique coniuncto in ſolidum: ſed & quæſitus, & poſtea in unius perſona amiſſus. Id enim ita eſſe neceſſe eſt, ſi hic uſusfructus in ſolidum legatus ab initio [2] quotidie conſtituitur & legatur: ac verum eſt quotidie conſtitui & legari. Ex quo efficitur etiam quæſitum ac poſtea in unius perſona amiſſum, alteri, cui ita legatur, accreſcere, & quod idem eſt, ad alterum legati iure pertinere.

X. Sed cur potius dicitur uſusfructus legari quotidie, quam proprietas? Quia unius rei proprietas & ipſa una eſt: quæ ſemel legata, id eſt, teſtamento data, amplius dari non poteſt. *d. §. ſic itaque, Inſtitut. de act.* eoque nec legari. Uſusfructus autem quanvis unius rei, non tamen eſt unus, ſed multiplex. Conſiſtit enim in facto utentis fruentis, ut non prius conſtituatur re vera, quam quis iam uti frui poteſt, ut eſt in *L. 1. in princ. & §. 1. D. quand. di. uſufr. leg. ced.* Singulorum autem dierum eſt, ut quis dici poſſit unoquoque die incipiente uti frui poſſe. Quocirca quot ſunt dies, tot ſunt diſtincti uſusfructus. Qui ſi legantur, ſequitur ut dicendum ſit horum dierum ſingulorum, & ut veteres dixerunt, quotidie uſumfructum conſtitui & legari.

XI. Sed videamus, ne contrarium ſit, quod placet uſusfructus ſimpliciter relicti diem ſemel cedere. *L. 1. D. quand. di. uſufr. leg. ced.* Non enim videtur dici poſſe apertius, uſumfructum ſimpliciter relictum, non videri quotidie conſtitui, quam his verbis: quoniam qui in dies ſingulos legatur, placet eius diem non ſemel cedere, ſed per ſingulos dies. *d. L. 1. quand. di. uſ. leg. ced.* Nihil autem intereſt, utrum dicamus quid legari in ſingulos dies, an ſingulis diebus, an quot diebus, id eſt, quotidie. *L. nec ſemel. §. noviſſime. D. quan. di. leg. ced.* Sed multum intereſt in voluntate teſtatoris, utrum aperte legetur uſusfructus in dies ſingulos, an tacite. Aperte ſi legatur, dies eius ſæpius cedit, quia teſtator nominatim dies adiiciendo non poteſt videri aliud voluiſſe, quam ut plures eſſent uſusfructus, quos ſingulis diebus diſtinctos & repetitos eſſe voluit. Singuli autem ſingulorum dierum uſusfructus non poſſunt prius cedere, quam uniuſcuiuſque dies venerit. At cum tacite ſingulis diebus legatur uſusfructus, quod fit eum ſimpliciter legando: contraria de cauſſa dies eius ſemel tantum & ſtatim cedit, quia teſtator commemoratione dierum detracta, hoc ipſum ſe velle declaravit, ut tanquam unus uſusfructus eſſet, ita ſemel acquireretur. Quod non fit aliter, quam ſi dies eius ſemel, & ab initio cedat.

XII. Alterum ſingulare eſt in perſona eius, cui amiſſus uſusfructus accreſcit, quod in cæteris rebus relictis, ſive hereditas eſt, ſive legatum, nunquam deficientis portio alteri vel coheredi vel collegatario accreſcit, niſi ei, qui ſuam portionem agnovit, & agnitam habet. *d. L. 3. in fin. & LL. 2. ſeqq. D. de bon. poſ. L. ſi ex pluribus, D. de ſuis & leg. her. L. unica, §. his ita, §. ubi autem, C. de cad. tol.* Uſusfructus autem etiam non habenti partem ſuam, ſed amittenti accreſcit. 3 *L. interdum, D. de uſufr. accreſc.*

2) Duar. *Lib. 1. de I. accr. C.* 21. id inde eſſe quod conſtituitur patientia debitoris *L. 3. pr. de Uſufr.* quæ tractum temporis habet, ideoque nunquam dici poſſe omnino acquiſitum, & Gomez. 1. *Reſol.* 10. *n.* 41. in uſufructu non fieri plenam ac perfectam acquiſitionem, ut in proprietate, ſed illam habere cauſſam ſucceſſivam. Tenetur, inquit, proprietarius ad patientiam in futurum præſtandam; ideoque locus iuri accreſcendi tanquam in re vel parte non perfecte acquiſita. Et Vaſq *Lib. 3. de Succeſſ. progr.* §. 21. *n.* 51. Uſumfructum reputari quotidie novum, cum conſtituatur per patientiam. Quæ ratio diſplicet Roberto 2. *Sent.* 24. quia patientia hic, ut & in omni ſervitute loco traditionis ab initio exigitur, quam ſemel interveniſſe ſufficit. Et paſſim dicitur uſusfructus acquiſitus, nec certe per patientiam ſemel quæſitus amittitur, ſi poſtea non patiatur utifrui dominus, niſi non utendo per tempus præſtitutum. Nec melius tamen Robertus hic cuiuſque diei legato ineſſe conditionem, ſi vivat legatarius; cum nec ultra tempus quo perſona ſubſiſtit, protrahi poſſit; nec ut annuum legatum, annis diſcretum ſit. Ideo quovis die cedere & quotidie legari. Immo non niſi ſemel cedit; niſi repetitus ſit, vel in annos dieſve ſingulos relictus *L. 1. pr. Quan. di uſ. leg. ced.* Aliter & intricate Hortenſ. *ad L. 1. §. 3 h. t. p.* 89. *& ſeq.* Cæterum Vaſq. *d. loc.* DD. diſtinguere ſcribit. Ut inter re tantum coniunctos in uſufructum ſit locus iuri non decreſcendi, ſi portio collegatario nondum quæſita obveniat; ſin acquiſita, iuri accreſcendi: ipſe autem *d. n.* 51. contra DD priori quoque caſu ſtatuit ius accreſcendi, cum ICti ſic vocent *L. 1. §. 3. h. t.* Et recte, licet ſibi contrarius ſit. *L. 1. de ſucceſſ. creat.* §. 10. *n.* 128 *& ſeq.*

3) Cuius ſpecies valde obſcura, nec de ea ſatis liquet. Noſter ſane exemplum facile ponit, ſed generale, nec quod verbis *d. L.* 10 accommodare poſſis, nec an ita indiſtincte obtinere debeat dubio magno vacans. Cuiac. 9. *Obſ.* 11. quæſtionem ſic tripartito dirimit. (1) Si A. & B. legatus eſt uſusfructus & portio A. ei ablata eſt iudicio, deficiens deinde portio B. non obvenit victori, aut proprietario, ſed collegatario A. (2) Si vero A. non utendo amiſerit, aut partis dominii acquiſitione; quo caſu pars eius obvenit B. tunc B. amittente non accreſcit A. ſed proprietati, quia in perſona A. amplius ſpectari nequit, qui totus in perſonam B. recidit (3) (quam ſpeciem *L.* 10. conſtituit.) Si A. lis fuit de uſufructu non cum poſſeſſore, ſed alio qui liti obtulit, & ſententia ſecundum illum dicta: hic portio A. ſen-

creſc. unde illud veterum, in iure accreſcendi portionem fundi velut alluvionem portioni: uſumfructum autem accreſcere perſonæ. *L. ſi Titio*, 33. §. 1. *D. de uſufr.* ut ſit ſenſus, in cæteris rebus, quarum una aliqua pluribus legata eſt, portionem unius deficientem portioni, ut fit in alluvione, accreſcere; ut ſi quis ex coniunctis unam portionem non habet, ei nihil accreſcat: uſumfructum autem ab uno ex coniunctis amiſſum ſic accreſcere alteri coniuncto, ut accreſcat, ſive is ſuam partem habeat, ſive eam amiſerit, atque ita fiat, ut accreſcat ei, ſolius perſonæ eius habita ratione, non ullius portionis, quam prius ex eodem uſufructu habere cœperit. Quod efficitur eadem illa ratione, quæ ſupra reddita eſt in portione uſusfructus accreſcente, quia ſcilicet uſusfructus quotidie conſtituitur & legatur. *d. L.* 1. §. *interdum*, in fin. *D. de uſufr. accr.* Propone hoc modo: Primo & ſecundo uſusfructus fundi legatus eſt. Primus portionem ſuam repudiavit, vel ſic agnovit, ut eam poſtea amitteret aut capitis deminutione, aut non utendo. Deinde ſecundus & ipſe portionem ſuam vel repudiavit, vel prius quæſitam amiſit. Volumus hanc portionem nihilominus Primo accreſcere, non autem ad proprietarium redire, ſi modo Primus eo ſtatu ſit, ut quid poſſit capere. Nempe hoc conſequens eſt illi ſententiæ, qua placet uſumfructum quotidie conſtitui & legari. Nam hoc ſi ita eſt, dicendum eſt, eo tempore, quo poſterior deficit, eumdem uſumfructum videri adhuc utrique illi coniuncto Primo & Secundo legari, eoque & eum, qui Secundi fuerat. Qui ſi adhuc tunc legatur, neceſſe eſt eum, qui legatur, in ſolidum ad Primum pertinere, ubi Secundus in eum non concurrat, ut eſt ius accreſcendi. *d. L.* 3 in pr. *D. de uſufr. accreſc. d. L. coniunctim. D. de leg.* 3. Ita una hac ratione fit, ut & amiſſus poſtea uſusfructus accreſcat, & accreſcat ſuam portionem amittenti. Amiſſus; quia adhuc item uſusfructus legatur alteri coniuncto. Suam partem amittenti;

ſententia amiſſa, nec acquiritur victori, quia non poſſidet uſumfructum, nec poſſeſſori, quia non litigavit; ſed accreſcit B. quamvis & hic mox partem ſuam amiſerit. Quæ ad proprietatem redit, non autem A. accreſcit, quia is pro fructuario, toto uſufructu B. quæſito, haberi nequit. Sed hæc refellere nititur Sverin. *de Uſ. accr. pag.* 79. *& ſeqq.* & contra priorem partem obiicit, quod ſi victus A. eius portio coniuncto potius obvenire debeat, ne res inter alios iudicata, illi noceret. Reſp. ego pro Cuiacio. At ſi aliqua auctoritas rei iudicatæ & vis, ſaltem inter litigantes: neceſſe eſt is uſusfructus partem habeat, ſecundum quem ſententia lata. Neque ſic ulla parte deterior fit conditio B. quam ſi vel lis nunquam mota, vel pro A. iudicatum fuiſſet. Quoad ſecundum, falſum putat Sverinus quod non utendo amiſſus accreſcat, de quo poſtea, itemque quod conſolidatio det ius accreſcendi *L.* 3. §. *ult. h. t.* Recte hoc. Falſum item quod in perſona A. ſpectari amplius nequeat. Nam & qui totus in unum recidit, quandoque totus vel pro parte ad alium reverti poteſt *L.* 6. §. *ult. h. t. L.* 1. §. *ult. Quib. mo. uſ. am.* Recte & hoc, opinor. Quoad tertiam obiicit. Res inter alios iudicata nec prodeſſe aliis. Quare ſententiam contra A. dictam non parere B. ius accreſcendi. Male. Nam ſi hic B. accreſcit, non fit id rei iudicatæ, ſed propter amiſſionem collegatarii, (tametſi huic cauſſam dederit res iudicata) ex voluntate teſtatoris. Sic in ſimili, capitis deminutione amiſſa pars uſusfructus accreſcit non vi capitis minutionis, ne pœna unius lucro afficiat alium, ſed voluntate legantis, qui tacite, in hunc & alium quemcunque amiſſionis eventum, coniunctam quaſi ſubſtituiſſe cenſetur. Sed tamen & Cuiacium refellit Hotenſ. *ad d. L.* 10. quia vult iudicio amiſſum uſumfructum non accreſcere, quaſi nec ſit amiſſus, cum hic modus amittendi reperiatur 3. *Sent.* Pauli 6. & quia per ſententiam quaſi conſtitutus uſusfructus declaratur (licet non conſtituatur.) Quid enim prodeſſet defenſori abſolutio &c. Ipſe autem negatione adiecta legit in *d. L.* 10. *non conſequitur*: hoc ſenſu A. non conſequitur eam partem a poſſeſſore, quam iudicio ipſe amiſit, ſed eam quam B. non utendo aliterve amiſit. Mira vero eſt expoſitio Sverini *de Uſ. accreſc. p.* 50. *& ſeqq.* Is ſpeciem ſic ponit: A. & B. legatus eſt uſusfructus, diviſo eo, A. poſſeſſionem amittit, alias enim ſi nondum eam adeptus, potius cum herede ageret. Repetiturus poſſeſſionem incidit in eum quem poſſeſſorem falſo putat. Lite conteſtata inter moras iudicii non utendo amittit A. uſumfructum. Occaſio enim amittendi ex lite orta, nec morte vel capitis minutione amiſit, quia, ut ſequitur, partem hanc ipſam amiſſam a poſſeſſore recipit. Sic amiſſus uſusfructus ad proprietatem redit. Nec enim ut aliis modis, ita & non utendo amiſſus accreſcit. (Quod 8. rationibus probat. (1) quia hæc amiſſio non fit ratione perſonæ, ſed rei ſe quaſi in libertatem vindicantis. (2) Si ſic amiſſa pars accreſceret vi coniunctionis, utique ſi unus fructuarius, non poſſet pro parte amittere, contra *L.* 14. *L.* 25. *Quib. mod. uſ. am.* quia ſibi ipſi accreſceret. Nemo enim mihi me coniunctior. (3) Alias melior conditio eius qui alteri coniunctus, quam qui ſolus. Hic enim non utendo totum amittit. Illius pars ſi veniet ad coniunctum, illo poſtea amittente, eadem per ius accreſcendi recipi poſſet. (4) Quod hic pars collegatarii amittitur, evenit non tantum ex coniuncti, ſed & alterius fruendi intermiſſione. Ergo. *per L.* 1. §. *pen. in fi. h. t.* (5) Repetitio uſusfructus expreſſa a teſtatore, non intelligitur de caſu tempore finiti *L.* 3. *Quib. mo. uſ.* Minus igitur ius accreſcendi nitens tacita voluntate. (6) Regula quod uſusfructus amiſſus accreſcat, accipienda eſt de modis quibus ex perſonæ ſublatione mutationeve finitur, non quibus per ſe afficitur, quæ ſubſtantiam uſusfructus in ſe conſideratam perimunt. Ut Non utendo, item mutatione rei (7) Ex fruendo eum conſiſtat: intermiſſione fruendi neceſſario perit. (8) Fac. arg. *L.* 18. §. 1. *Quem. ſer. am.* Sed ad ſpeciem. Pendente lite B. ſuam partem capitis minutione vel morte amittit. Quær. An accreſcat A. & ſi A. vicerit, an reus ad perditum tantum uſumfructum renovandum, an etiam ad eum qui accrevit compellatur. Reſpond. Ad ſolam partem quam amiſit A. reus damnandus, non etiam ad partem B. quæ accrevit. Ratio 1. Pars enim collegatarii ipſi accreſcit. Ideoque eam A. novo iudicio petere poteſt a poſſeſſore, ac quia eo nomine nihil amiſit, nec reus ipſi tenetur, niſi ad eam ſolam partem, quæ illius dolo culpave perdita, reſtituendam. Atqui dicitur illam partem a poſſeſſore conſequi, non ab eo qui liti ſe obtulit. Reſp. Quia condemnatus is qui liti ſe obtulit, cum ad renovandum uſumfructum pendente iudicio perditum, teneatur, *L. pen.* §. *pen. Si uſ. pet.* redimere eum a poſſeſſore cogit. Quod ſi lis conteſtata fuiſſet contra poſſeſſorem: ea pendente, uſusfructus tempore amiſſus non eſſet per *d.* §. *pen.* ibi, *alio quidem poſſidente*, quia cum poſt litem conteſtatam malæ fidei poſſeſſor ſit, iam nomine fructuarii uti frui videtur, cui ſcit fructus reſtituendos. Accedit quod, ut eſt in *L.* 60. §. 1. *de Uſuf.* aut cavere cogitur, quo caſu cautio in locum uſusfructus interim ſuccedit, aut ſinere fructuarium frui. Hæc ſumma eſt expoſitionis Sverini, argutæ verius, quam veræ & convenientis. Vult idem *d. L.* 10. magis pertinere ad *Tit. Si uſ. pet.* per epigraphen, ac *L.* 5. §. *pen. & ult. d. t.* interiiciendam. Iuris accreſcendi mentionem magis ibi ad rationem deciſionis, quam ad factum quod principaliter agitur, ſpectare. Aliam explicationem *d. L.* 10. habet In. Suev. *Lib.* 1. *de I. accreſc. C.* 4.

quia adhuc & huic is uſusfructus, quem ipſe non amiſit, legari ei intelligitur. Niſi quis malit, quia uſusfructus non ſit res per ſe conſiſtens & coniuncta, ſed quæ in perſonæ facto tantum conſiſtat; idcirco in eo accreſcendo perſonam ſolum ſpectari ſine re, non rem cui accreſcat.

XIII. Tertium, quod proprie ſpectandum ſit in uſufructu accreſcendo, verſatur in coniunctionis modo. Quo loco ſciendum eſt hic ad ius accreſcendi eamdem coniunctionem deſiderari, quam in cæteris rebus: & cum intervenerit coniunctio, hanc idem efficere. Solum quædam ſunt, quæ proprie hanc coniunctionem inducunt in uſufructu; quædam, de quibus dubitatur. Et hæc ſunt, de quibus proprie hic quærimus.

XIV. Communia ergo illa uſufructui cum cæteris legatis. Primum quod ius accreſcendi de uſufructu tantum eſt inter eos, quibus idem uſusfructus, id eſt, uſusfructus eiuſdem rei legatus eſt. In quo nihil intereſt, coniunctim legatus ſit, an ſeparatim. *L.* 1. in pr. & *§. interdum*; *L.* 3. in pr. *D. de uſufr. acc.* Quod ſi [4] ſeparatim unicuique partis rei uſusfructus ſit relictus, ceſſat ius accreſcendi. *d. L.* 1. in pr. *eod.* Quod ſi pluribus eiuſdem rei uſusfructus legatus ſit, in quibus coniuncti, & disiuncti commiſti ſint, coniuncti unius tantum perſonæ poteſtate funguntur. *L. plane.* 34. in pr. *D. de leg.* 1, *L.* 1. *§.* 1. *L. ſi quis Attio. L. ſi proprietas, D. de uſufr. accr.* Hoc quæritur, quando coniunctim, aut ſeparatim legatus uſusfructus intelligatur, quando ſeparatim unicuique partis rei uſusfructus, in quibus, ut dixi, propria quædam ſunt uſusfructus; quædam an ſint propria, dubitatur. Et coniunctim uſumfructum legari idem hic valet, quod in cæteris rebus legatis, legari pluribus eadem oratione; aut verbo communi plures perſonas comprehendente, puta, Titio & Mævio do lego: Attio & heredibus meis. *§. ſi eadem, Inſtitut. de leg. d. L. ſi quis Attio, D. de uſufr. accr.* & quæ ſunt ſimilia, quæ declarantur in *L. triplici*, *D. de verb. ſignif.* Quæſitum eſt de duobus dominis ſervi communis, cui uſusfructus legatus eſt, an hi ſint coniuncti in uſumfructum, qui illis per eumdem ſervum defertur. De quo dicam paulo poſt, quoniam hos non eſſe coniunctos puto. Separatim legari uſusfructus dicitur eodem modo, cum legatur pluribus diverſis orationibus, puta, Titio fundi Tuſculani uſumfructum do lego; Mævio eiuſdem fundi uſumfructum do lego. *d. §. ſi eadem, Inſtitut. de leg. d. L.* 1. *§. interdum*, in princip. *D. de uſufruc. acc.*

XV. Illud in hac parte proprium coniunctionis genus in uſufructu, quod ſi alii fundum, ſeu proprietatem fundi; alii eiuſdem fundi uſumfructum teſtator legaverit: placet hos in uſufructu eſſe coniunctos, & inter eos eſſe ius accreſcendi. *L.* 3. *§. ult. L. ſi proprietas, D. de uſufr. accr. L. ſi alii, D. de uſufr. leg.* ſcilicet, quia ei cui fundus vel proprietas legata eſt, non deducto nominatim uſufructu, ſub appellatione proprietatis & dominii etiam uſusfructus legatus intelligitur; propterea quod uſusfructus dominii pars eſt, de quo in definitione uſusfructus ſupra diximus.

XVI. Eiuſdem generis coniunctio eſt uſusfructus propria, cum ab initio duobus eiuſdem rei uſusfructus iſtis modis legatus eſt; & uno ex his amittente iterum ei legatus eſt. Nam ſi ex repetitione is uſumfructum habebit, placet inter eoſdem ius accreſcendi ſalvum eſſe, perinde ac ſi alius eſſet in huius uſumfructum ſubſtitutus; ut quamvis non verbis, re tamen videantur coniuncti. *L.* 3. *§.* 1. *D. quib. mod. uſusfruc. amit.*

XVII. Quod ſi Titio & Mævio uſufructu legato, teſtator in repetitione uſusfructus non totum, ſed partem Titio relegaſſet: placet & tunc quoque hos eſſe coniunctos; ſed ita, ut ſi Titius amiſerit, totum ſocio accreſcat, quia fuit Titio in totum iam ab initio coniunctus. Quod ſi Mævius amittat, non totum accreſcat Titio, ſed pars ad eum, pars ad proprietarium redeat: quia non in totum, ſed in partem partis uſusfructus ſit Mævio coniunctus. Neque enim altera pars potuit illi accreſcere ex eo uſufructu, quem amiſit; cum pugnent inter ſe acquirere & amittere. Hæc ſententia *d. L.* 3. *§. ult. D. quib. mod. uſusfr. amit.*

XVIII. Sed meminerimus inter eos, quibus uſusfructus ſeparatim legatus eſt, ita eſſe ius accreſcendi, ſi ſingulis legatus ſit totus, ſeu totius rei. *d. L.* 1. *§. interdum*, *d. L.* 3. in princip. *D. de uſufr. accr.* Cæterum illud verum eſſe, quod initio poſui, ſi ſeparatim unicuique partis rei uſusfructus ſit relictus, ceſſare ius accreſcendi. *d. L.* 1. in princ. *D. eod.* Id autem, etiam partibus rei non expreſſis contingit in uſufructu duabus his in cauſſis.

XIX.

4) Tum enim nulla coniunctio ſed duo diverſi, uſusfructus partibus fundi diviſis. Secus eſt ſi uſusfructus eiuſdem fundi legetur A. & B. ex æquis partibus. Sver. *de Uſ. accr. pag.* 7. *&* 8. vid. *N.* 16. *ad Lib.* 7. *C.* 13.

XIX. Una, cum duobus heredibus inſtitutis, teſtator legavit alicui proprietatem, deducto uſufructu. Hic quidem conſtat legatarium habere nudam proprietatem, uſumfructum autem relinqui heredibus. §. 1. *Inſt. de uſufr.* Ut vere dici poſſit duobus his heredibus eiuſdem rei uſumfructum relictum a teſtatore: placet tamen inter eos non eſſe ius accreſcendi, ſed uter ex his uſumfructum amiſerit, eius partem ad proprietarium redire, non coheredi accreſcere. *L.* 1. §. *ult, L.* 2. *de uſufruc. accr.* Hoc ideo, quia heredes iam a principio portiones rerum in hereditate diſtinctas habent, æquas videlicet, ſi teſtator [5] partes non expreſſerit; ſi expreſſerit, conſtitutas. *L. quoties*, 9. §. *heredes, D. de acquir. hered.* Has eaſdem portiones diviſas in uſufructu retinent. Habent ergo partes ab initio, non concurſu. Idcirco non eſt inter eos ius accreſcendi. *L.* 3. in princ. *de uſufr. accreſc.* Idque eſt, quod ſignificatur illa ratione, quæ in propoſito redditur in *d. L.* 1. in fin. *D. eod. nam videri uſumfructum conſtitutum*, qui conſtitutus eſt, *non per concurſum diviſum*. Sic enim oratio accipi debet, videri uſumfructum qui conſtitutus eſt, non eſſe diviſum per concurſum, contra quam ius accreſcendi exigit.

XX. Altera cauſſa eſt, ſi e converſo duobus heredibus inſtitutis manente apud eos proprietate, uſusfructus eiuſdem rei duobus legatus ſit: ſed ſingulis ab heredibus ſingulis; ideſt, uni ab uno herede, & alteri ab altero herede. Puta hoc modo, fundi Corneliani uſumfructum in ea parte, quæ Primi heredis eſt, Mævio do lego; eiuſdem fundi uſumfructum in ea parte, quæ eſt alterius coheredis, Titio do lego. Idem eſt; ſi teſtator ita ſcripſerit Titio & Mævio fundi Corneliani uſumfructum do lego æquis portionibus heredum. Non ſunt, inquam, hi coniuncti in eumdem uſumfructum, nec inter eos eſt ius accreſcendi. Hæc ſententia *L.* pen. & ult. *de uſuf. acc.* quia videlicet vocantur in uſumfructum ſeparatarum partium rei. Vocantur enim in uſumfructum partium cuiuſque heredis. Hæ autem iam ante inter heredes erant diſtinctæ, ut ante diximus.

XXI. Quæſitum eſt hoc loco, ſi forte uſusfructus ſervo communi duorum legatus ſit, quo loco haberi debeant huius domini; coniunctine in eumdem uſumfructum, ut inter eos ſit ius accreſcendi; an non coniuncti, ut hoc iure careant. De quo contrariæ videri poſſunt ſententiæ veterum in Pandectas relatæ. Nam in *L. & Proculo*, 20. *D. de legat.* 2. de ſententia Proculi & Celſi tum patris tum filii, ſcriptum eſt, his non eſſe coniunctim, ſed partes legatas; eoque si alter dominorum omitteret, alteri non accreſcere. Contra in *L.* 1. in princ. *de uſufr. accr.* de Iuliani ſententia ab Ulpiano ſcriptum in hæc verba, *ſi communi ſervo uſusfructus, & utrique* (rectius uni, vel alterutri) *domino acquiſitus; quæritur, an altero repudiante vel amittente uſumfructum, alter totum habeat. Et putat ad alterum pertinere; & licet dominis uſusfructus non æquis partibus, ſed pro dominicis acquiratur: tamen perſona eius, non dominorum inſpecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.* Ego autem puto horum utrumque recte dici, nec unum eſſe alteri contrarium. Ac primum illud Proculi & Celſi veriſſimum eſt, quod ſervo communi legatur, in id dominos ſervi coniunctos non eſſe, nec de eo eſſe inter eos ius accreſcendi. Quod plerique omnes in alia re legata facile admittunt, ne quid faciant adverſus ſententiam *d. L. & Proculo, de legat.* 2. In uſufructu [6] negant ex *d. L.* 1. in princ. *de uſ. acc.* Sed & hoc idem in uſufructu pluribus legato non minus probandum eſt. Nam illa generalis ſententia eſt Celſi, recepta a veteribus, & probata ab ipſo Ulpiano, & quidem in uſufructu in *d. L.* 3. *D. de* uſ. acc. *toties ius accreſcendi eſſe, quoties in duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu diviſus eſt*. At domini iſti ſervi communis ab initio ſolidum uſumfructum non habent, nec faciunt partes concurſu: ſed iam ante legatum partes diſtinctas habent. Acquiritur enim his uſusfructus pro partibus dominicis. *L. communis*, in fin. *D. de acq. rer. dom.*

L. 5.

5) Nulla hic coniunctio ex teſtamento, ſed ſola conſtitutio uſusfructus Henric. a Sverin. *d. lo. pag.* 5. per conſequentiam tantum. Nec inter coheredes poteſt eſſe ius accreſcendi niſi nomine hereditatis, cum requirat partes ſimilares & cognomines, Hortenſ. *ad L.* 1. §. *ult. & L.* 2. *h. t.*

6) Ut Sverin. *d. lo. pag.* 8. *&* 9. Rob. 2. *Sent.* 24. Pac. 6. Q. 13. Gomez. 1. *Reſ.* 10. *n.* 40. rationes ſpecialitatis ſequentes adferens: (1) Facilius amittitur uſusfructus morte &c. facilius conſervatur per ius accreſcendi. (2) Relictus ſervo communi fundatur in perſona dominorum; Proprietas autem prius in ſervo ſubſiſtit, licet non duret. (3) uſusfructus eſt ius valde perſonale, unde conſideratur perſona ſervi & olim eius morte peribat *L.* 18. *Quib. mod. uſ. am.* Quare repudiante uno domino accreſcit alteri, ex perſona ſervi, in quo maior unitas quam duorum coniunctorum in eadem oratione & ſic vivente ſervo videtur in eo durare ius & cauſſa acquiſitionis uſusfructus; & fere Duar. *Lib.* 1. *de I. accreſc. C.* 13.

L. 5. D. de ſtip. ſervor. hæ autem partes iam multo ante inter eos diſtinctæ erant. Non poteſt igitur inter eos eſſe ius accreſcendi ex ſuperiore definitione. Idque eſt quod ex ea definitione argumentans Celſus in *d. L. Proculo, D. de legat.* 2. pro ratione affert: non enim, inquit, his dominis coniunctim, ſed partes legatas. Nam ambo ſi vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in ſervo haberet. Quo magis autem intelligatur iſtos dominos in uſufructu, qui ſervo communi legatus eſt, non facere partes concurſu, quem tamen concurſum ius accreſcendi exigit: hic concurſus partes viriles & æquas deſiderat. Sic enim perſonis adſcriptis, pro numero perſonarum & legatum & conditio inter aliquos dividitur. *L. cui fundus, D. de cond. & dem.* At hi domini in ſervo non ſemper æquas dominii partes obtinent. Unde fit, ut pro his partibus diſpares partes uſusfructus accipiendo non poſſit dici eos concurſu partes facere, eoque nec coniunctim ſolidum his uſumfructum, ſed partes tantum legatas, ut Celſus ſcribit.

XXII. Sed tamen non eo minus verum eſt, quod Iulianus ſcripſit, & Ulpianus probat in *d. L.* 1. in princ. verſ. *denique de uſufr. accr.* Uno ex his dominis legatum repudiante, aut amittente, eius portionem ad alterum pertinere, non ad proprietarium redire. Neque hoc priori ſententiæ adverſatur. Hæc enim portio deficiens ad alterum ex dominis pertinet non coniunctionis aut accreſcendi iure, ſed iure 7 poteſtatis. Quo fit ex regula veterum tradita in hac communione, ut quod per ſervum communem acquiritur, ſi alter ex dominis acquirere non poteſt, totum ad alterum pertineat, cui acquiri poteſt. *L. 1. §. communis, L. item, 9. D. de ſtip. ſerv.* In propoſito autem qui dominus legatum uſumfructum repudiat, aut ſemel quæſitum poſtea repudiat, is amplius eam partem habere non poteſt. Conſequens igitur ſuperiori definitioni, ut totum ad alterum ex dominis pertinere debeat.

XXIII. Multum vero intereſt, utro iure dicamus portionem hanc deficientem ad alterum ex dominis pertinere: ne quis forte irrideat, quod tam enixe contenderit Celſus ius accreſcendi inter iſtos dominos non eſſe; cum fruſtra id ſit, ſi nihilominus aliquo alio iure pars deficiens poteſt pervenire ad alterum. Si ius accreſcendi portionem adiicit alteri, non poteſt ullo caſu evenire, quin eo iure pars deficiens ad illum alterum pertineat: quoniam inter coniunctos eſt ſemper ius accreſcendi uno partem uſusfructus amittente. Sed quoniam iure poteſtatis fieri dicimus, ut hæc pars redeat ad alterum: futurum eſt, ut ſi, uno ex dominis deliberante, an legatum agnoſcat, aut dum pendet, an amittat, ſervus communis ſit manumiſſus, huius portio deinde repudiata, aut poſtea amiſſa, manumiſſo acquiratur, non alteri domino, cuius in poteſtate ſervus eſſe deſit. *Arg. in L. ſervus duorum, 64. D. de acquir. hered.*

XXIV. Verendum tamen quis dixerit, ne ex eodem loco probetur Iulianum hoc ſenſiſſe portionem ab uno ex dominis amiſſam ad alterum pertinere accreſcendi iure. Nam in *d. L. 1. §. 1. de uſuf.* ita dicitur idem Iulianus ſcribere, portionem iſtam deficientem ad ſolum ſocium, id eſt, alterum ex dominis pertinere debere, quaſi ſolum coniunctum. Sed bene dixit non ſimpliciter coniunctum, ſed quaſi coniunctum. Re vera enim non eſt coniunctus: qui in eumdem uſumfructum ſolidum vocatus non eſt, ut oſtendi. Verum effectu quodammodo coniunctus eſt; qui deficientem iſtam portionem non minus accipit, quam ſi eſſet coniunctus. Secundum quæ recte dicemus, uſumfructum omiſſum, ſi ad quem alium quam proprietarium redeat, non ad alium redire, quam ad eum qui in eumdem uſumfructum legatum ſit coniunctus, ut initio propoſui. Sed coniunctum dupliciter accipi debere: eum, qui vere coniunctus eſt, id eſt, cui eiuſdem rei uſusfructus legatus eſt cum alio, inter quos eſt ius accreſcendi: & eum, qui vere coniunctus non eſt, coniunctionis tamen habet effectum. Is autem eſt unus ex dominis ſervi communis, cui ſervo uſusfructus legatus eſt, ſcilicet quia uno ex his dominis deficiente, uſusfructus ad alterum quaſi ſolum coniunctum pertinet, licet non accreſcendi iure.

CAP.

7) Ita & Vaſq. *Lib. 3. de Succeſ. progr.* §. 23. *n.* 58. Caſtillo *de Uſufr. C.* 48. *n.* 34. Io. Suev. *Lib. 2. de iure accr. C.* 11. Diſſ. Gilb. Reg. 2. *Enant.* 16. putans Celſum *d. L.* 20. & Ulp. *d. L.* 1. §. 1. pugnantia ſcripſiſſe & Caſſianos, ac Proculanos diſſenſiſſe, uti & Hortenſ. *ad d. L.* 1. §. 1. *pag.* 174. & *ſeqq.* ubi *pag.* 176. non defendi poſſe quod in *d. L.* 20. partes dominis legatas dicit Celſus, cum tamen nec dominorum, nec partium ulla teſtatori mentio.

Digitized by Google

CAP. XXIV.

De uſu. Uſus quomodo acquiratur; Conſervetur; Amittatur: Amiſſus ad quos redeat. Quid contineat ex definitione. Uti quid ſit. Uſus quid commune habeat in commodis rei percipiendis cum uſufructu; quid ab eo diſcrepet.

Tranſitio & diviſio. I.
Uſus conſtituitur iiſdem modis, quibus uſusfructus. Eſt tamen aliquid in quo differunt, & quale ſit. II.
Conſtitutus iiſdem actionibus conſervatur; & amittitur etiam iiſdem modis. III.
Amiſſus ſtatim, & perpetuo ad proprietarium redit & quare. IV.
Uſus ab uſufructu differentia: præcipue in iure ipſo utendi conſiſtit. Eius definitio, & explicatio. V.
Ius utendi ex quotidiano uſu & ſufficientia metimur. VI.
Neque illud vendere, locare, donare uſuario permittitur. Et quare. VII.
Niſi aliud voluerit teſtator. Voluntatis coniectura qualis: huius exempla. VIII.
Exponitur L. Divus Hadrianus 22. *in princ.* D. de uſ. & Habit. *Quæ inde conſectaria.* IX.

I. De priore ſpecie ſervitutis perſonalis dictum eſt, id eſt, de uſufructu & quæ uſusfructus vim obtinent, habitatione; & operis ſervorum. Reſtat ex duabus propoſitis ſpecies altera huius generis, uſus, ſeu nudus uſus, quia ſine fructu, ut eſt in *L. 1. D. de uſu & hab.* De eo ut recte habeatur, eadem illa quærenda ſunt, Quomodo conſtituatur; Conſtitutus quid contineat, & hoc quod continet, quomodo conſervetur; tum Quomodo amittatur, poſtremo Amiſſus ad quem redeat. De quibus omnibus excepto iure ipſo utendi, eadem prope omnia ſervantur, quæ in uſufructu.

II. Conſtituitur uſus iiſdem modis, quibus uſusfructus. *L. 1. D. de uſu & hab. Inſt. eod.* in pr. Tantum hoc intereſt ex natura utriuſque generis, quod uſusfructus pro parte rei & diviſa & indiviſa conſtitui poteſt. *L. 5. D. de uſufr. L. 1. §. ſi uſusfructus, D. ad leg. Falc.* Uſus pars legari & conſtitui non poteſt, *Nam frui quidem*, inquit Paulus, *pro parte poſſumus, uti pro parte non poſſumus, L. uſus pars, D. de uſ. & hab.* Hoc ideo, quia uſus in nudo facto conſiſtit, quod poſt ſe nullos relinquit fructus, qui dividantur. Facta omnia, ſi in his conſiſtitur, indiviſa ſunt. Si quid enim non fecimus, in totum verum eſt nos non feciſſe. Et ſi fecimus, rurſum in totum verum eſt nos feciſſe. Uſusfructus autem ab initio quidem conſiſtit & ipſe in facto: *L. 1.* in princ. *D. quan. di. uſ. leg. ced.* ſed verſatur factum in fructibus percipiendis, quos & ipſos poſt ſe relinquit, & adiicit fructuario. Atque in his fructibus omnis eſt utilitas uſusfructus. Porro hi fructus quia corporales ſunt, [1] dividi poſſunt;

1) Ratio hæc genuina & vera, quæ habetur in ipſa *L.* 19. Et convenit Govean. *ad L. 1. §. 9 ad L. Falc. n. 1.* quia ipſi fructus, inquit, in quibus uſusfructus conſiſtit; adeo ut & fructus interdum uſumfructum vocemus, dividui. Reliquæ autem ſervitutes in ſolo uſu conſiſtunt, nec ulla præterea res iis iuribus ſubeſt, & P. Grangian. *Parador. C.* 7. Io. del Caſtillo poſt alios *de Uſuf. C.* 31. *n.* 18. *& ſeq.* Vult. *in pr. I. de uſuf. n.* 17. Poſſum pro parte fructus capere, uti non poſſum re niſi tota. Nam ſi equo, ex. gr. utar, ait, toto utor non pro parte. Fructus tamen equi dividi poſſunt, ut ſi cum ad quaſvis res uti liceret, ad certum tantum negocium utar. Quod tamen exemplum non adeo conveniens puto. Uſusfructus dividuitas tum maxime ſpectatur, cum plures in eiuſdem rei uſufructum concurrunt. Poſſunt autem in eadem re indiviſa uſusfructus partes diviſæ a diverſis haberi. Ut A. & B. legatus eſt uſusfructus fundi Tuſculani. Utroque agnoſcente legatum, habentur primo in uſufructu partes indiviſæ. Sed poſtquam communi dividundo iudicio actum fuerit, cautionibus interpoſitis a communione diſceditur, *L.* 13 *§. 3. de Uſuf. L. 16. prin. Fam. erc.* fiuntque partes diviſæ, fundo nihilominus (dividuo licet) indiviſo manente. Neque enim res ſemper ita tranſigitur, ut A. anteriore, B. poſteriore parte fundi, utatur fruatur: ſed ſæpe inter ſe cavent qualiter fruantur *d.* §. 3. alternis ſorte annis, aliave ratione, vid. *L. 7. §. 10. comm. divid.* Tametſi vero & uſus in fructibus conſiſtat, ut Hot. obiicit *ill. Q.* 20. diſcrimen tamen inde quod uſusfructus continet omnem omnino utilitatem, quæ ea re percipi poteſt; Uſus autem nudus ſolos eos fructus, qui neceſſitati utentis ſufficiunt. Nihil impedit fructus omnes inter plures dividi. At hoc res non patitur ut plures ſimul, quiſque ad ſuam neceſſitatem, & tamen pro parte, re utantur. In uſufructu nulla habetur ratio neceſſitatis fructuarii, ſed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire queunt: In uſu habetur. Si igitur ex. gr. equi uſusfructus legatus duobus: Equi uſus alteri locari poteſt, ac penſio inter utrumque ex æquo dividi. Sit eiuſdem uſus legatus. Hic locari alterique concedi nequit, ſed tantum uſuarius ad ſuam neceſſitatem uti poteſt. Quid igitur ſi eodem die quo unus, alter itidem equo ad negocia ſua familiaria indigeat. Apparet ſane eos in uſu concurrere non poſſe. Nec igitur ſi a communione diſcedere velint res ita tranſigetur, ut in *d. L.* 7. §. 10. ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adiudicari, & alteri in præſtationem æſti-

ſunt. Hinc uſusfructus dividuus propter utilitatem, in qua verſatur, dividuam.

III. Uſus conſtitutus iiſdem actionibus & remediis conſervatur, quibus uſusfructus. *L. filiofamilias, D. de uſ. & hab.* Et hoc eſt: de uſu itidem, ut de reliquis ſervitutibus, actiones in rem competunt, confeſſoria & negatoria: illa uſum in re aliena ſuum eſſe intendenti: hæc domino neganti ſe uſum debere. *L.* 2. in pr. *D. ſi ſerv. vind.* Conſtitutus & conſervatus retinetur eouſque donec amittatur. Amittitur & ipſe iiſdem modis, quibus uſusfructus. *Inſt. de uſ. & hab.* in pr. exempli gratia morte uſuarii. *L. uſus aquæ, D. eod.*

IV. Amiſſus ſtatim ad proprietarium redit, non ad ullos alios, quoniam in eumdem uſum nulli alii coniuncti eſſe poſſunt, eoque nec in uſu ius accreſcendi inter aliquos. Non enim poteſt hoc ius eſſe, niſi inter eos, quibus eadem res ita legatur, ut concurſu partes faciant. *L. coniunctim, D. de leg.* 3. *d. L.* 3. In pr. *de uſufr. accr.* Nulli autem in eodem uſu partes concurſu facere poſſunt: quia uſus partem non recipit. *L. uſus pars, D. de uſ. & hab.* Quo fit, ut ſi duobus eiuſdem fundi uſus legatus ſit, uno uſum amittente, ius ad proprietarium redeat, non autem alteri legatario accreſcat.

V. Si quid igitur inter uſum & uſumfructum intereſt, ſolum intereſt in iure ipſo utendi. De quo cognoſcendum eſt, quid contineat. Et conſtat uſus ſimiliter ut uſusfructus ſuis commodis & oneribus. Commoda in eo, quod conſequitur quiſque ex uſu conſtituto, quod definitio ab initio indicabit. Et cum uſusfructus ſit ius utendi fruendi alienis rebus ſalva rerum ſubſtantia; neceſſe eſt uſum dici ius utendi alienis rebus ſalva rerum ſubſtantia. Uſuifructui enim ſi fructum tantum detrahas, neceſſe eſt cætera omnia manere in re præter hunc fructum, & ius fruendi. Idque eſt, quod dicitur in *L.* 2. *D. de uſ. & hab.* eum cui uſus relictus eſt, uti poſſe, frui non poſſe. Uti eſt, rem tractare & exercere commoditatis alicuius percipiendæ cauſſa, quæ ex ea re ſecundum conditionem rei percipi poteſt. Eſt rem tractare. Unde uſus veteribus poſſeſſio. Ex quo uſucapio acquiſitio per uſum & poſſeſſionem. *L.* 3. *D. de uſuc.* Eſt exercere. Inde uſus pro exercitatione, ut in illa optima ſententia Ciceronis *Lib.* 1. *de Orat. uſus frequens omnium magiſtrorum præcepta ſuperat.* Sed utrumque commoditatis alicuius percipiendæ cauſſa. Unde fit, ut uſus quoque utilitatem ſignificet. Inde ex uſu eſſe idem, quod commodum & utile eſſe. Non tamen cuiuſvis commoditatis cauſſa, ſed quæ ſecundum conditionem rei ex ea re percipi poteſt. Nam qui ſecus utitur, abutitur, non utitur. *L. ſed ſi quid,* 15. §. 1. *D. de uſufr.*

VI. Habet igitur uſus hoc commune cum uſufructu, quod uterque in commoditate ex re aliqua percipienda verſatur, & ſæpe uſus rei tantum continet, quantum uſusfructus. Unde hic merito quæritur, quem definiamus modum utriuſque iuris, quo differt alterum ab altero. Et hic a veteribus laboratum eſſe apparet ex eorum cum dubitationibus, tum diſſenſionibus de hac ſpecie, & nunc etiam in his quæ ab illis conſtituta nobis tradita ſunt, quam recte & ex natura uſus conſtituta ſint, laboratur. Et ſi ſummatim dicendum eſt, eſt iſtarum rerum differentia ſumma duplex. Primum quia uti in

re ipſa

æſtimationis partis condemnari. Quod ſi rei plurium uſui ſufficiat, eiuſdem ſolidus uſus pluribus competere poteſt *L.* 7. §. *ult. Commod.* Ex. gr. Silvæ amplæ & copioſæ uſus tribus relictus eſt, quæ vel pluribus ſatis lignorum ad rei familiaris uſum ſuppeditare poſſit. Hic legatarii non habent tres partes (diviſas vel indiviſas) unius uſus, ſed pro ſe quiſque uſum ſolidum & diſtinctum. In quo alia differentia uſus ab uſufructu. Uſus plures unius rei eſſe poſſunt, quia nihil impedit quemque, ex. gr. tantum arborum cædere quanto indigeat ad neceſſitatem. Uſumfructum, ne ſit niſi unus, Lex naturæ efficit: cum pugnantiam involvat plures in ſolidum frui, id eſt quemque omnem fructum & utilitatem rei percipere. Recte autem noſter propter utilitatem eſſe dividuum, ratione ſcilicet fructuum. Non enim per ſe & ſui natura quatenus ius eſt ac ſervitus, ut & recte Coraſ. *ad L. via* 17. *de ſerv. n.* 15. cum dividuitas ſit affectio quantitatis, nec per ſe convenire poſſit, niſi rei corporeæ, cumque eodem genere proximo cum ſervitutibus reliquis contineatur; dividuum vero & individuum ad idem genus proximum reduci nequeant, *L.* 23. *de uſucap.* Nec tamen ideo ad diviſionem tantum fundi ſeu rei in uſumfructum traditæ eſt dividuus, quod velle videtur Hot. *Ill. Q.* 20. quia uſusfructus partis fundi dici poſſit, non pars uſusfructus fundi, & P. Greg. *in Meth. parva L.* 1. *C.* 6. *n.* 6. Nam cum in diviſoriis iudiciis dividitur, itemque cum per legem Falcidiam minuitur, non ideo fundus aut res fructuaria in plures minutiores diſpeſcitur. Sed nec ea ratione, quod fructu & uſu conſtat, ut alterius poſſit eſſe fructus, alterius uſus *L.* 42. *de Uſuf.* ut Gœd. *ad L.* 25. *de V. S. n.* 18. *&* *de Contr. ſtip. C.* 6. *Concl.* 22. *n.* 305. Nam nec tunc fructus ſine uſu eſt, vid. *ſupra N.* 1. *Cap.* 7. & ut maxime uſus tunc abeſſet, eſſet tamen ille unus idemque rarior caſus. Certe cum pro parte diviſa conſtitui, lege Falcidia minui dicitur; non hic ſenſus quod alteri fructus ſine uſu legari queat, quod legis Falcidiæ, ut uſus fructui detrahatur. Sicuti nec in iudiciis diviſoriis uni uſus, alteri fructus adſignatur *d. L.* 7. §. 10. Multo autem minus ideo dividuus, quod fruitionem vendere extraneo poſſit, ius ipſum uſusfructus ſuæ perſonæ affixum retinendo, ut M. Lyclama *L.* 3. *Membr. ecloga* 12. Nam per venditionem huiuſmodi nullæ partes, nec indiviſæ nec diviſæ fiunt, ſed unus fructuarius manet qui vendit, idemque ſolidum nec imminutum ius uſusfructus obtinet. Vid. de dividuitate uſusfructus præter dictos, non uno modo variantes Cuiac. 5. *ad Afr. ad L.* 17. *de uſu & hab.* Egu. Baro *L.* 2. *de divi. & indi. obl. C.* 3. Vacon. 5. *Declar.* 73. *n.* 9. Gomez. 2. *Reſ.* 10. *n.* 18. Parlad. 1. *Rer. quot.* 6. §. 1.

re ipſa tractanda, qua utaris, verſatur; ideo hic utendi modus eſt, nt ſit uti tantum commoditatis ex re aliqua capere, quantum tractanti & conſumenti ad uſum & utilitatem [2] quotidianam ſufficit: & extra hanc ſufficientiam & conſumptionem uſus non progreditur, ut colligere eſt ex *L. plenum*, *§. 1. D. de uſu & hab.* frui autem per contrarium *ibidem* dicitur eſſe etiam ad compendium. Id valet, quod apertius ſupra demonſtratum eſt, frui eſſe, quantumcumque commodorum ex re aliqua percipi poteſt, tantum capere ſine exceptione, etiam ſi non tractes ipſe, aut conſumas, ſed alii tractandum & conſumendum concedas. *L. 7.* in pr. *L. 9.* in princ. *D. de uſuf.*

VII. Huic conſequens altera differentia: Qui uſum habet, neque ipſum ius utendi, neque utendi facultatem alii [3] vendere, aut locare, aut gratis concedere poteſt. *L. ſed neque L. inque eo*, *L. plenum*, *§. ult.* illic, *operas*, *D. de uſu & hab. §. 1. Inſt. eod.* Quomodo enim, inquit Ulpianus, concedere alii uſum poteſt, qui ipſe uti & rem tractare debet? *d. L. plenum*, *§. ult.* verſ. *operas*. Qui autem uſumfructum habet, poteſt hæc omnia facere. *d. §. 1. Inſt. eod. L. arboribus*, 12. *§. uſufructuarius*, *L. non utitur*, 38. *D. de uſuf.* ſcilicet quia qui horum quid facit, aut pretium percipit, aut mercedem, aut beneficii debitorem acquirit. Quæ omnia ſunt in fructu & emolumento rei. Emolumentum autem omne fructuarii, quocumque modo percipiatur.

VIII. Hoc tamen poſterius in uſu ita temperandum eſt, niſi coniectura voluntatis teſtatoris etiam uſum vendi aut locari poſſe ſuadeat. Quæ coniectura nonnunquam admittitur, alias ex conditione perſonæ legatarii; alias ex genere relicti: Ex conditione perſonæ legatarii, velutl ſi aurigæ legatus ſit equitii, ſeu equorum uſus. Placet eum equis uti poſſe ad vehendum etiam tunc, cum currum mercede exercens alios vehendos conducit, ſi teſtator ſciens eum huius eſſe inſtituti & vitæ, reliquit. Etſi enim videtur auriga iſto modo locare equos: tamen recte exiſtimatur teſtator uſum equorum in perſona aurigæ ad conditionem & inſtitutum vitæ eius retuliſſe. *L. plenum*, *§. equitii*, *D. de uſu & hab.* Ex genere relicti, cum ſilvæ, puta, uſus legatus eſt, & res eſt in ea cauſſa, ut niſi ſilvam cædere & vendere ut fructuariis licet, nihil habiturus ſit uſuarius ex eo legato. Quo caſu ſtatuit Hadrianus fructum quoque uſuario legatum videri, ideſt, datum, ut vendere quoque liceret; quod eſt proprium fructuarii.

IX. Significatur hoc in *L. pen.* in pr. *D. de uſu & hab.* cum dicitur, quibuſdam quibus uſus ſilvæ legatus eſſet. Fructum quoque legatum videri hac ratione, quia *niſi liceret legatariis vendere*, *nihil habituri eſſent ex eo legato*. Ratio hæc conditionis vim habet. Addita eſt enim, ut ſignificetur ideo quibuſdam illis fructum datum, quia ita accidiſſet, ut nihil alioqui habituri eſſent: quod ſi habituri ſint, datum non videri. Sic enim eſt vis rationis legi additæ, ut ceſſante ratione, propter quam ius conſtitutum eſt, iuri non ſit locus *L. de eo*, iuncta *L. quid enim*, *ſeq. D. de iud. L. quod dictum*, *D. de pact.* Ergo non quandocumque uſus ſilvæ legatus eſt, exiſtimandum eſt ſtatim & uſuario cedere & vendere licere: ſed tunc ſolum, cum alioqui nihil capturus eſt ex eo legato. Quod tunc accidit, cum alicui oppidano legatus eſt uſus ſilvæ ab oppido remotioris, ubi ſi cogatur legatarius ſilvam cædere, & convehere ligna in urbem ad ſuum uſum, pluris illi conſtent impendia, quam ſi cogatur in ipſa urbe ligna emere. Ex quo colligimus duobus temporibus non videri fructum plenum ſilvæ legatum eſſe ei, cui uſus ſilvæ relictus eſt. Uno, ſi ſilva ſit propinqua legatario, ut cædens & utens ligno minus impendat, quam si emat ab aliis propter ſilvæ vicinitatem. Altero, ſi ſilva ampla ſit, & partis ſilvæ uſum vendendo, tantum conſequatur ex pretio, quantum illi ſufficiat ad ligna ipſi & familiæ neceſſaria coemenda.

2) Uſus eſt neceſſitatis tantum, uſusfructus etiam voluptatis. Uſuarius plus percipere non poteſt quam ad ſe & familiam ſuſtentandam pro vitæ conditione, ut nec deſit quid vel abundet: Fructuarius autem etiam ad lucrum. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 3. Caſtillo *de Uſuf. C.* 28. *n.* 12. Plus licere ei cui legatus, quam cui inter vivos conſtitutus uſus. P. Fab. *ad L.* 12. *de R. I.*

3) Quia conſiſtit in utendo ad ſtrictam neceſſitatem. Si vero liceret cedere, mutatione perſonarum conditio domini gravaretur. Non enim omnibus idem utendi modus, eadem temperantia vel abſtinentia. Fopp. ab Æzema 1. *Diſſert.* 12. Add. P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 4. *& ſeq.*

C A P. X X V.

De uſu Ædium, Fundi, Pecorum, Servi, quid is uſuario in his rebus tribuat. Tractatio ſpecialis eo pertinens, ut cognito particulatim iſtarum rerum uſu, in quibus de hoc iure maior dubitatio erat, facilius & certius non ſolum de reliquarum uſu, ſed etiam de toto genere ſtatueretur. Tum in univerſum quæ ſint uſuarii onera.

Rerum genera quatuor ad uſum pertinent; & quæ. I.

1. Ædes. *Harum qui habet uſum, non illum alteri veudere, locare aut donare poteſt; ſed tameu habitare idem poteſt.* II.
   - *Et alios admittere: qui einſmodi.* III.
   - *Contraria diluuntur.* IV.
   - *Exceptio.* V.
   - *An & proprietarium omnino excludere. Coutrariis occurritur. Et quid huic iuri conſequeus.* V. VI.

2. Fundus. *Quibus in rebus uſus fundi conſiſtat.* VIII.

Partium deſtinatarum ferendis fructibus occupatio uſuario vetita: villa, Prætorium, Cella vinaria, olearia, aliaque id geuus quatenus uſuario permiſſa. IX. X.

Ex fructibus, qui in fundo naſcuutur, omnibus quantum ſibi ſuiſque ſufficiat ad victum uſuarius ſumit (quinam ſui; & quid cuique uſuario ſufficiat, unde æſtimandum). XI.
   - *An & quod couvivis & hoſpitibus ſit ſatis: ruri tautum vel etiam in oppido: & quæ hic habenda domeſticorum ab hoſpitibus differentia.* XII.
   - *Au etiam quod familiæ ſatis in annum.* XIII.
   - *Etiamſi fundi fructum omnem in uſum conſumpſerit.* XIV.

Uſus ædium & fundi ex voluutate conſtitueutis metieudus. XV.

3. Pecora. *Uſus pecudum aut in operis, aut in his quæ ex animalibus egeruntur, poſitus.* XVI.
   - *Operarum uſus qui.* XVII.

Ovium uſus nou in agnis, laua, vel lacte; ſed iu agrorum ſtercoratione, & in lacte dumtaxat modico conſiſtit. XVIII.
   - *Coutraria refelluntur. Et quid pecorum fructus perceptione tenus differat a fundi fructibus, oſteuditur.* XIX. XX. XXI.

4. Servi. *Horum uſus iu operis, & in fructibus eſt totus.* XXII.
   - *Operarum ſervi uſus qualis.* XXIII.
   - *Fructus ſervi in acquiſitioue. Et qua in re ſervus uſuario acquirat.* XXIV.

Quarum rerum tradenda uſuario poſſeſſio, ut illis utatur. Et quid iuris in uſu pecorum. XXV.

Ouera uſuarii in rei poſſeſſione eadem, quæ & fructuarii; eademque Domino adverſus uſuarium prodita remedia. XXVI.
   - *At propria uſuario ferenda uſuariæ rei ouera & quæ.* XXVII.

De his ex uſus qualitate, & portioue fructuum, quæ ad uſuarium pertinet, iudicandum. XXVIII.

I. SEd hæc hactenus deſcriptio uſus ut generalis, ita obſcurior eſt, nec ſatis rem in omnibus controverſiis, quæ de hac ſpecie incidunt, explicat. Quinimmo ex ipſis, quæ diximus, in ſingulis pæne generibus rerum, quarum uſus relictus eſt, incidunt iuſtæ dubitandi cauſſæ; cur non videantur pleraque contineri uſu, quæ tamen continentur. Quæ cum explicare vellent veteres, neceſſe habuerunt ſpecies rerum proponere in hoc argumento, & in ſingulis oſtendere ſpecialiter, quid uſu contineatur. Quod ſub his titulis factum videmus. *D. & Inſt.* Ad hoc autem declarandum contenti fuerunt quatuor ſpecies rerum proponere; quia ex his cæteræ ſatis intelligi poſſe videbantur. Species rerum hæ: ædes, fundus, pecora, ſervi. De quarum rerum uſu eodem ordine ſcriptum eſt in *L* 2. & deinceps, *D. de uſ. & hab.* ac nunc eodem ordine ſingulas attingemus.

II. Uſu ergo [1] ædium legato, si communia illa & certa quærimus, conſtat eo con-

1) Uſus ædium quid differat ab habitatione, vid. Hot. *Ill. Q.* 41. *&* 3. *Obſ.* 23. P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 10. *& ſeq. ſi* χρῆσις relicta, cur non uſusfructus, ſed uſus relictus in *L.* 10. §. 1. *h. t.* vid. Rev. 2. *Var.* 12. P. Perren. 2. *Animadv. & Var. Lect.* 3.

contineri, ut legatarius inhabitet. Ad id enim conditione ſua parantur ædes, ut inhabitentur. Conſtat & illud, eum, qui inhabitare poteſt, non poſſe vendere, locare, aut gratis concedere alii habitationem, §. *item is qui ædium*, *Inſt. eod. tit.* Sed circa eum, qui ipſe inhabitet, exiſtunt duæ quæſtiones, & quidem ex deſcriptione ſuperiore.

III. Primum an poſſit inhabitare ædes cum aliis, quos in partem eius habitationis admittat. Movet, quod placet uſuarium hunc uſum alii concedere non poſſe. Deinde dum ipſe aliquam partem inhabitabit, an poſſit a totius rei uſu prohibere omnes, atque etiam proprietarium. Quid enim, si anguſtus legatarius non poſſit amplas ædes totas occupare? Movet hic quoque quod diximus uſum eſſe, ſi quis rem tractet & teneat. Non tractat autem, neque tenet partem, qui eam, non occupat. Hinc ergo, ut dixi, in hac ſpecie ſuperiores dubitationes. Et in ſumma obtinuit utrumque horum legatario licere, ut ſecundum hanc ſententiam definire ita liceat, uſu ædium legato præter habitationem legatarii etiam in iure eius duo hæc contineri; ut poſſit habitare cum aliis, ac quoſvis in eamdem habitationem admittere: tum ut poſſit ab earum ædium uſu prohibere etiam proprietarium. Primum qui uſum habet ædium, habitare poteſt etiam cum aliis quos in partem habitationis recipiat, non ſolum domeſticis, ut uxore, liberis, ſervis, famulis, omnique familia: ſed etiam cum extraneis quibuslibet, ut recipiat hoſpitem, & inquilinum; id eſt, vel convictores, vel alios ita inhabitantes, ut ex his etiam penſionem percipiat. Et quod hic licet viro, placet licere & mulieri, cui ædium uſus legatus erit. Tantum ut ii, qui recipientur in ædes, non ſeorſim & ſine uſuario habitent, ſed una cum eo eaſdem ædes inhabitante. Hæc in *L.* 2. 3. 4. 5. 6. 8. *D. de uſu & hab.*

IV. Itaque quod ſcriptum eſt in §. *item is qui uſum. Inſt. eod.* vix receptum eſſe, ut uſuarius cum aliis ullis habitandi ius habeat, ſic accipiendum eſt, ut ægre quidem receptum ſit ab initio; receptum tamen. Ut enim intelligitur ex ſupra ſcriptis locis, variæ de eo veterum dubitationes fuerunt, ſed tamen tandem ſuperior ſententia obtinuit. Verumtamen hic obſtat natura uſus, quam ſupra diximus. Conſtat enim eum, qui uſum habet, hunc uſum aliis concedere non poſſe. *d.* §. 1. §. *item is qui ædium*, *Inſt. de uſ. & hab. L. inque eo. D. eod.* Reſpondebimus verbis Ulpiani in *L. plenum*, §. *ult.* in pr. *D. eod.* non videri eum *aliis conceſſiſſe, qui ſimul cum ipſis utitur.* Quod ſi hoc obſcurius eſt, dicemus planius eum videri concedere ſibi, qui concedit aliis ſua gratia. Iſto enim modo concedit quidem aliis per conſequentiam, dum per id alio pervenire vult: ſed principaliter ſibi, dum in ea conceſſione ſe potius cogitat, & conceſſionem ad commodum ſui uſus & ſuæ habitationis refert. Id autem in propoſito ita fit. Nam ſi de familia agitur, nemo poteſt hac carere. Eo fit, ut cum hac habitare etiam ſit neceſſe: aut alioqui carendum ſit ædibus. Habitare autem cum aliis ſi non eſt neceſſe; at certe commodum nobis, vel utile, vel honeſtum. Commodum ad ſocietatem vitæ. Cum enim homines ſociabiles ſint natura, non ſatis commode ſine aliis vivere poſſumus. Utile adverſus pericula, quæ habitatoribus aliorum contubernio deſtitutis a furibus, & latronibus imminent. Honeſtum in parentibus, cognatis, affinibus, clientibus, & curæ noſtræ commiſſis recipiendis. Is porro utitur, qui in re aliqua quid facit, quod ad commoditatem eius uſus referatur.

V. Hic tamen unum genus perſonarum exceptum eſt, quod uſuario recipere in ædes non licet; ſi is ſit, qui honeſte cum eo, qui uſum habet, habitaturus non ſit. Hoc quidem de muliere uſuaria non honeſte hoſpitem aliquem recipiente ſcriptum eſt in *L. non aliter*, 7. *de uſu & hab.* Sed & hoc ad maſculos transferendum eſt: ut ſi cui uſus ædium legatus ſit, non poſſit recipere in ædes meretricem aut concubinam, cum qua honeſte habitare non poſſit. Exceptionis enim ratio pariter ad omnes pertinet, & ex natura uſus ſumitur. Non eſt enim in uſu cuiuſquam, niſi quod utenti ſit commodum, ut intellectum eſt ex definitione uſus. Nulli autem videri debet commodum, quod utenti non eſt honeſtum, non ex dignitate, *L. nepos.* in fin. *D. de verb. ſignif.* Quinetiam verum eſt illud Papiniani, ne facere quidem nos poſſe ea, quæ honeſte non poſſumus. *L. filius*, *D. de cond. inſt.*

VI. Atque ut prius illud eſt in iure uſuarii, ut poſſit in ædibus habitare cum aliis: ita hoc etiam ei tribuitur, ut dum particula aliqua utetur, poſſit totas ædes tenere, & prohibere eo venire etiam proprietarium.

VII. Etiamne ſi tam anguſtus erit legatarius, ut non poſſit occupare totius domus uſum, & prohibeat dominum uti iis partibus, quæ vacabunt? Et hoc etiam pla-

placuit, ut eſt in *L. penult. §. 1. D. de uſu & hab.* At enim non utitur legatarius ea parte, quam non occupat, ex definitione, quia hanc non tractat, non tenet. Occurrit tacite huic obiectioni Pomponius ibidem, cum hanc rationem reddit: *quia*, inquit, *licebit uſuario aliis & aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque ædium prout temporis ratio exigit, quibuſdam utantur, quibuſdam non utantur.* Eſt enim hæc ſententia, qui nunc aliquam partem non occupat, eum tantiſper verum eſt ea parte non uti. Sed poteſt poſtea alio tempore occupare, & ea uti, vel ut in eam ex altera parte commigret, ut plerumque facere inhabitatores ſolent. Hoc poſſe facere ad uſum eius partis ſatis. Quoniam animadverti debet in uſu non relinqui ipſam, ut ita dicam, uſionem, quæ eſt cuiuſque temporis, ſed uſum, id eſt, ius utendi. Eſt autem ius utendi non uti re aliqua, ſed poſſe ea re uti poſtea, ſi velis, etiam ſi nunc non utare. Ex his intelligitur inter uſum ædium & uſumfructum utentis nihil intereſſe, cum totum ſumat uſuarius, ac poſt uſum nihil alii fructuum nomine ſuperſit. *L. fundi, D. de uſu & hab.* Eadem cauſſa eſt navis, veſtimentorum, vehiculi, & ſimilium rerum, quarum fructus in uſu eſt. Quæ eædem multo minus pro parte teneri poſſunt, quam ædes *L. 5. §. ult. D. commod.*

VIII. Fundi uſus poſitus eſt aut in partibus fundi occupandis tenendiſve; aut in fructibus percipiendis.

IX. Partes fundi aut deſtinatæ fructibus ferendis, aut alii uſui. Fructibus ferendis deſtinatas uſuarius occupare non poteſt; ne cum fructus ad dominum fundi pertineat, eum illi adimat prohibendo, ne fundum colat. *L. fundi, §. primo, D. de uſu & hab.* Et hinc eſt, quod placet uſuario in fundo hactenus morari licere, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis per quos opera ruſtica fiunt, impedimento. *L. inque eo fundo, D. eod. §. 1. Inſtitut. eod.*

X. Cæteras partes ad fructum ferendum non comparatas licet ei occupare ſuo iure, iiſque uti ſoli non minus, quam ædibus, earum uſufructu relicto. Huiuſmodi partes ſunt in fundo, villa, prætorium, cellæ vinariæ aut oleariæ, loca ad deambulationem aut geſtationem parata. Villam ergo ſic occupabit, ut ea utatur etiam ſolus, & prohibeat dominum eo venire. Tantum hoc exceptum, ne prohibeat ibi habitare colonum & familiam ruſticam, quæ ibi habeatur agri colendi cauſſa, item ut proprietarius quoque ipſe venire poſſit ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitare. *L. ſi habitatio, §. ultim. L. plenum,* in prin. *D. de uſu & hab.* Exceptio hanc habet rationem, quod ira debet licere uſuario omnia in rebus occupandis facere, dum proprietario relinquatur, quod ſuum eſt, id eſt, ut fructus, qui eius ſunt, recte percipiat. Quod aperte contra fit, cum ii prohibentur commode eſſe in fundo, ſine quibus ager coli & fructum ferre, aut fructus percipi recte non poteſt. Prætorio, id eſt, villa urbana, ſeu uſui urbano & domini deſtinata, eodem modo utetur uſuarius, ſi tamen & prætorii nominatim relictus ſit uſus. Nam alioqui qui locus uſibus domini deſtinatus eſt, his ipſis relictus intelligi debet, ſi voluntate aperta teſtatoris non eſt ad alios translatus. *L. plenum,* in princ. *D. de uſu & hab.* Cella vinaria & olearia quoniam ad habitationem familiæ ruſticæ, aut dominum certis temporibus recipiendum non pertinent, placet uſuarium uſurum ſolum, dominum vero invito eo non uſurum. *d. L. ſi habitatio,* in fin. Deambulandi quoque & geſtandi ius habet uſuarius, ut dum deambulare & geſtari volet, poſſit ſuo iure loca ad eam rem parata occupare. *L. plenum, §. 1. D. eod.*

XI. De fructibus fundi percipiendis poſt varias diſſenſiones veterum tandem obtinuit hæc ſententia, ut placeret uſuarium, qui fundi uſum habet, non ſolum uti poſſe lignis ad uſum quotidianum, horto, pomis, oleribus, floribus, aqua, ſtramentis, de quibus inter veteres conveniebat; ſed etiam oleis (ſic enim puto melius, quam [a] foliis, ut in exemplaribus vulgaribus & Florentinis) oleo, frumento, & frugibus, & ge-

a) Ita & emendat Cuiac. 9. *Obſ.* 37. cum iniquum ſit non uti foliis licere vel hyeme alendo pecori, vel foliis arundinum vineis illigandis. Forner. 2. *Select.* 2. intelligit per folia unguenta ex foliis confecta ſive ad oblectationem ſive ad valetudinem. Quod refellit Cuiac. *d. C.* 37. quia de his quæ fundus fert, hic agitur, non de illis quæ nobis ipſi conficimus. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 9. vulgaria folia intelligit, ratione reddita, quia pleræque arbores illis ſpoliatæ moriuntur, maxime ſi viridia folia excutiantur. Incongrue. Quid enim ſi ſponte arbores ſe illis denudarint, aut ſi ventorum deiecta. Non de excutiendis foliis agitur, ſed uſu excuſſorum. Ræv. 2. *Coniect.* 4. rationem in eo ponit quod folia non ad uſum fundi, ſed ad opera ruſtica referenda ſint, quia illis pecora ali ſolita, Colum. *L. 5. de re ruſt. C.* 5. Atqui uſuarius impedimento eſſe nequit operibus ruſticis *L. 11. h. t.* Cui accedere malo, quam cum Connano, & alio viro Clariſſimo, cui plurimum alias, & merito, tribuo, legere *doliis*. Loquitur enim *d. §.* 1. de fructibus & commodis, quæ ex re percipiuntur, quæ & quatenus tribuenda ſint uſuario. Inter quæ quis refert dolia. Quis dicet, vel quam apte, ſumpturum uſuarium (reſtringitur enim mox Nervæ ſententia) ex doliis, quod ad victum

Digitized by Google

& generaliter iis omnibus, quæ in ſundo naſcuntur, etiam ex quibus victus hominis maxime conſiaret. Hunc autem eſſe utendi modum, ut ſumat ipſe dumtaxat, quod ad victum ſibi ſuiſque ſufficiat. Sed tamen ſumat eouſque, quanvis hoc modo ad ſingulorum capitum victum multum ſit ablaturus. Hæc ſumma *dict. L. plenum*, §. 1. ex cuius ſententia interpretari oportebit, quod conciſius de his rebus traditum eſt in §. 1. *Inſtit. eod.* Sui ſunt domeſtici uſuarii. Unde ſui heredes dicti, quaſi domeſtici. §. *ſui*, *Inſt. de her. qual. & diff.* Domeſtici iidem, qui in familia. *L. quod ſi nolit*, §. *idem Pedius*, *D. de æd. ed.* In familia, uxor, liberi qui ſunt in poteſtate, qui ſunt in ſervitio, & qui mercede conducti famulantur ſive ſervi ſive liberi. *L. quicumque*, *C. de re mil. Lib.* 12. *L. ædiles*, §. *familiæ*, *d. L. quod ſi nolit*, §. *idem Pedius*, *D. de æd. ed. L. perſpiciendum*, §. 1. *D. de pœn.* Quid ſufficiat cuique, una & certa quantitate non continetur, ſed ex dignitate & conditione cuiuſque æſtimandum eſt. *L. ſed ſi quid*, 15. §. *ſufficienter*, *D. de uſufr.* Neque enim omnes rebus indigent ad victum & cultum eodem modo. Alia eſt nobilis alicuius viri, aut magiſtratus perſona; alia plebei & privati. Id autem quale ſit, bonus iudex æſtimabit, ſi de eo erit controverſia.

XII. Longius itum eſt, placuitque uſuarium his omnibus rehus pro dignitate uti poſſe non ſolum cum ſamilia, ſed etiam cum convivis & hoſpitibus. Hactenus tamen cum his, dum utatur in villa. Si accipere velit, & in oppidum curare deferenda, non permittatur ei in oleo, frumento, & reliquis frugibus ſimilibus: in pomis autem, oleribus, floribus, lignis permittatur. Quæ ſententia eſt *d. L. plenum*, §. 1. illic, *Iubentius*, *de uſu & hab.* Differentiæ ratio addita eſt: *non enim*, inquit, Ulpianus, *grave onus eſt horum poſteriorum*, *ſi abundent in fundo*. Et res ita habet: Cum olera & poma ad veſcendum ſumentur, non tamen his multis opus eſt, quia hæc ad delibandum magis ſumuntur, quam ad vivendum: quoniam ex his non vivitur. Sed & ligna cum ſumentur, ad plures, qui erunt in eadem domo calefaciendos vel unus acervus & focus ſufficit. Ex frugibus & iis, quibus alitur hæc vita, neceſſe eſt multum ſumi, ſi uſuarius ad victum ſuum & familiæ poteſt ſumere. Nam & quotidiano eo victu homines indigent, & hæc ſumpta in univerſum omnibus non proſunt, ſed ſingulis ex æquo præſtandum, unde alantur. Sed hæc, ut dixi, diſtinctio eſt, cum uſuarius uti volet cum convivis & hoſpitibus. Nam pro ſe & familia ſi uti volet, poterit uti rebus ſuperioribus omnibus quovis loco: quoniam tantum ſumere poteſt, quantum ei & familiæ ad victum ſufficiat, ut prius definitum erat in *d. L. plenum*, §. 1. nec mutatur ea ſententia poſtea, niſi cum uti vult cum convivis & hoſpitibus: idem probatur in *L. fundi*, *D. eod.*

XIII. Sumi poſſe quod ſufficiat ad victum, non ſic accipiemus, ut neceſſe ſit ſumere ſingulis diebus, quod in ſingulos eos ſufficiat; neque enim per totum annum ſtant fructus, qui per ſingulos dies cum libeat, ſumi poſſint: ſed ut ex penu, ideſt, ſi quid eſt, quod ad penum pertineat, liceat uſuario capere, quod in annum ſufficiat: in annum tamen dumtaxat. *d. L. fundi*, *D. de uſu & hab.*

XIV. Quid tamen, ſi cum uſuarius ex his tantum ſumpſerit, quantum ei & familiæ ſufficiat, nihil reliquum futurum ſit proprietario, ut facile evenit in mediocri prædio? Et placet nihilominus uſuarium tantum ſumpturum, quanvis eo modo fructus conſumantur, *d. L. fundi*, in pr. At iſto modo uſus etiam fructum habebit. Reſpondet Paulus ibidem, non debere id mirum videri in uſu fundi, quia in domus & ſervi uſu hoc idem accideret; quibus quis ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine ſupereſſet. Verumtamen huic ſententiæ de fructibus fundi ab uſuario ita capiendis, ut diximus, plurimum videntur adverſari ea, quæ traduntur de fructibus pecorum ab eodem uſuario percipiendis. Et de eo in pecoribus iam dicetur.

XV. Hæc tamen omnia, quæ diximus ex uſu ædium & fundi ſumi poſſe, ſic accipienda ſunt, si ſimpliciter ædium & fundi uſusfructus relictus sit. Cæterum voluntas conſtituentis ut uſuifructui, ſic & uſui modum facit. Poteſt quiſque & in ædibus, & in fundo certæ tantum rei uſum concedere. Quo caſu valebit quidem uſus nihilominus: ſed valebit tantum hactenus, ne eius rei uſum egrediatur. Veluti, si in fundo alicui conceſſus sit tantum uſus aquæ non ad uſum illius præ-

dii

ctum ſufficiat. Contendit, vir ille Clar. non debere legi *foliis*, quia folia fructibus induſtrialibus non recte iungantur. At, inquam, incommodius oleo & frumento iunguntur *doliis*, quæ fructus plane non ſunt, ſed vaſa & inſtrumenta. Denique uſuarius fundi doliis omnino, & ſolus uti poteſt, per *L.* 10. §. *ult. in ſ. h. t.* Nec quia folia fructus induſtriales non ſunt, ideo minus apte iunguntur oleo & frumento, cum in propoſito cum illis ex alia ratione in eadem cauſſa ſint.

Digitized by Google

dii ſui, ſed ſuum. *L. uſus aquæ, D. quib. mod. uſ. amit.* Eadem & in cæterarum rerum uſu intelligenda ſunt.

XVI. Pecorum uſus aut in operis eſt pecorum, aut in his, quæ ex his naſcuntur, egerunturve. Operæ ſunt iumentorum, ideſt, eorum, quorum opera ad rem aliquam iuvari poſſumus: ut boum, equorum, mulorum, aſinorum.

XVII. De operis hoc convenit, quæcumque hæ ſunt, quæ ſecundum conditionem cuiuſque animantis percipi poſſunt, ad eas percipiendas uti poſſe pecoribus uſuarium, in eoque omnem uſum habere. Ut bobus utetur ad arandum; equis, mulis, aſinis vel ad hoc ipſum, vel ad vehendum, & onera ferenda, uti mos eſt cuiuſque regionis. Et ſi equitii uſus relictus erit, & ſint in his equi aliqui non domiti, domare poteſt ad operas percipiendas. *L. plenum, §. ſed ſi boum, §. equitii, D. de uſu & hab.*

XVIII. De iis, quæ ex animalibus naſcuntur, emittunturve, ita placuit. Si pecorum uſus relictus ſit, puta ovium, poſſe his uti uſuarium ad ſtercorandum agrum: cæterum agnis, lana, lacte uti non poſſe: præterquam lacte modico. Hæc enim in fructu eſſe. Fructum autem ad proprietarium pertinere, non ad uſuarium. Hæc in *d. L. plenum, §. ſed ſi pecoris,* & ex parte in *§. ſed etſi pecorum, Inſt. eod.*

XIX. Quæ quidem ſententia parum liquet. Eſt enim, ut videtur, non tantum contraria iis, quæ modo diximus de fructibus fundi, ſed etiam ipſa ſecum pugnans maxime. Nam illa ex fundo, poma, olera, fruges, & ſimilia, quæ ex fundo naſcuntur, omnia eſſe in fructu fundi conſtat. *L. item, 9.* in pr. *D. de uſuf. L. qui ſcit, L. fructus, D. de uſur.* Et tamen ſupra diximus poſſe uſuarium uti his omnibus, & ex his tantum poſſe ſumere, quantum ei ſufficiat, etiam ſi hoc modo fructus fundi conſumantur. Aut igitur hoc in fundo male conceduntur uſuario, cum ſint in fructu: aut ſi recte conceduntur, quanvis in fructu ſint, etiam ea quæ ſunt in fructu pecorum, uſuarium capere oportuit. Iam vero quæ hac ſententia continentur, ipſa inter ſe videntur maxime contraria. Vult enim uſuarium agnis & lana in totum uti non poſſe. At eadem concedit, ut utatur lacte ſaltem modico. Sed & quod utrique iſti parti videatur adverſari, vult eum pecoribus uti poſſe ad ſtercorandum. Quod nihil aliud eſſe quis dixerit, quam ipſum ſtercore omnino uti poſſe. Quæ tamen omnia pariter ſunt in fructu. Sed recte ſe habent de his omnibus ſuperiores veterum ſententiæ. Et quæ naſcuntur ex fundo, & quæ naſcuntur, egerunturve ex pecoribus quorum quidem aliquis ſit uſus, omnia ſunt in fructu: quia res ea ferat. Sed inter fructus fundi, & fructus pecorum hoc intereſt, quod fructus fundi, qui ex ipſo fundo percipiuntur, cohærent fundo. Fructus autem pendentes pars fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Quare cum uſuarius ea percipit, quæ ſunt in fundo, non tamen intelligitur uti fructibus, quam fundo ipſo. Nam ſi fructus pars ſunt fundi: qui fructibus utitur, is parte fundi utitur. Neque id ſatis. Sic eſt conditio ſuperiorum fructuum, ut qui pomis utitur ad veſcendum, frugibus ad victum, lignis ad comburendum, is pomis ut pomis, frugibus ut frugibus, lignis ut lignis utatur pro conditione cuiuſque rei, ad quam ea parata eſt. Horum alterutrum deeſt in fructibus pecorum, quos diximus ab uſuario capi non poſſe. Eamque rem facere reperiemus, cur ab eo percipi non poſſint. Nam quod ad fœtum attinet, nemo eo uti poteſt, niſi iam edito. At editus iam aliud corpus eſt a matre; ut qui deinceps eo utetur, non poſſit dici uti matre, cum pars matris eſſe deſierit. Matris autem uſus relictus eſt, non alius corporis.

XX. Quod attinet ad lanam & lac pecorum, hæc quidem cum percipiuntur ex pecoribus, cohærent pecoribus, & eorum pars ſunt non minus, quam in fundo fructus pendentes. Sed alia cauſſa eorum uſum removet. Ut enim in fundo debet qui utitur, uti lignis pro lignis, frugibus ut frugibus: arg. in *L. arboribus, 12.* in princ. *D. de uſufr.* Sic in pecoribus lana uti debet ut lana, lacte ut lacte. At lanæ, ut quis tanquam lana utatur, nullus eſt aut pertenuis uſus. Tunc illius uſus eſt, cum expedita eſt, neta, texta; quo deinde filo ad elychnia, textura ad veſtimenta utamur. Sed his rebus lana eſſe deſinit, & in aliam ſpeciem tranſit. Ipſa lana, ut lana modo ſit, quem uſum admodum præbeat, non animadverto. Niſi ſi quis forte ad medicamenta adhibere velit, quam quidem ad rem non dubitem uſuarium lana uti poſſe, uti & modico lacte. Sed quoniam hoc rarius eſt, & non facile ſolet accidere, ideo nullam huius rei mentionem fecerunt veteres, ius non ſoliti aptare ad ea, quæ raro accidunt. *L. 3. 4. 5. 6. D. de legib.* Lactis non eadem natura, quæ lanæ. Lacte enim ut lacte uti poſſumus. Hinc de lacte nominatim exceptum ab Ulpiano, ut modico lacte uti poſſit uſuarius. Et lacte quidem uti poteſt, quia dum mulgendo exprimet,

Digitized by Google

ipſis pecoribus utetur, quorum parte utitur. Sed hoc accedit, quod tanquam lacte poteſt uti: ut iam ei nihil deſit ad lactis uſum, non magis, quam ad uſum eorum fructuum qui ex fundo ſumuntur. Cur ergo addidit modicum, quod in fructibus fundi ab uſuario percipiendis nuſquam adiectum eſt a veteribus? Conſulto, ut puto, ut duas res deſignaret, quas vellet ſervari, certam quantitatem ſumendi, & certum utendi modum. In quantitate, ut intelligeremus uſuarium non ultra ſumpturum, quam ſibi & ſuis ſufficiat. In utendi modo, ut quanvis intra eam quantitatem conſiſtat, hactenus tamen intelligeremus eum ſumere debere, ut lacte tanquam lacte utatur, non autem ita, ut inde butyrum aut caſeum conficiat, quanto ipſi & familiæ ſit opus.

XXI. De ſtercore & excrementis animalium, quæ utilia eſſe poſſint, fatendum eſt eſſe ea in fructu, ut nata in re, & inde percepta. arg. in *L. item*, 9. in pr. *D. de uſuf.* Fatendum & illud ſtercore pecorum uſuarium non magis uti poſſe, quam fœtu. Egeſtum enim non magis eſt pars pecorum, quam fœtus editus. Quod quidem cum prioribus optime convenit. Non mutat hanc ſententiam, quod dicitur uſuarium ad ſtercorandum agrum ſuum pecoribus uti poſſe. Obſervemus enim his verbis uti veteres, non autem dicere uſuarium ſtercore pecorum uſurum. *d. §. ſed etſi pecorum, Inſt. de uſu & hab. d. L. plenum, §. ſed ſi pecoris, D. eod.* Utrum horum dicatur, multum intereſt. Et vero prius recte dicitur; non item recte dicatur poſterius. Pecoribus utimur ad ſtercorandum agrum, cum excrementis nondum egeſtis inducuntur ipſa pecora in agrum, ut illic ſtabulentur, illic deponant excrementa & egeſtiones ſuas ad pinguefaciendum agrum. Hoc vero qui facit, apparet eum non uti ſtercore quod ſumat, cum nondum eſſet: ſed uti pecoribus ad agrum ſtercore macerandum. At is utitur ſtercore, qui ſtercore iam edito accedit ad eo utendum. Quo qui facit, is alia re utitur, quam cuius uſus relictus eſt. Erat enim relictus uſus pecorum: ſtercus autem egeſtum pars pecorum eſſe deſiit. Ex quo quam bene harum rerum de uſu fundi & pecorum veteribus ratio conſtet, intelligi puto.

XXII. Servorum 3 uſus item in operis ſervorum & fructibus. Horum autem fructus in his, quæ per ſervos acquiruntur.

XXIII. De operis ſervorum communia omnia cum iumentorum operis. *§. item is ad quem, Inſt. de uſu & hab.* Itaque ſervi opera utetur uſuarius, quibus in rebus volet. *L. plenum, §. ult. D. eod.* dum tamen ſecundum conditionem ſervi. Nam & hoc a fructuario exigitur *L. ſed ſi quid. 15. §. 1. D. de uſufr.* Additur in *d. L. plenum. §. ult.* uſurum legatarium ſervo non ſolum ad ſuum miniſterium, ſed etiam liberorum & coniugis: quaſi ipſe utatur, qui ad eos iuvandos utitur, quibus miniſterium ſuppeditare debuit. Dum autem ad ſuum miniſterium utatur, nihil referre, utrum utatur in re plane ſua, an in opere alieno, quod ipſe faciendum conduxerit, & in quo curam & operam ſuam præſtare debuerit. Quod & ad iumentorum operas transferendum eſt, in quibus idem munus eſſe traditur in *d. §. item is ad quem. Inſt. eod.*

XXIV. De his quæ per ſervum uſuarium acquiruntur, vetus eſt & certa diſtinctio, ut ſi quid ille acquirat ex operis ſuis, uſuario non acquiratur. Sin ex re, aut in re uſuarii, huic acquiratur. *L. per ſervum.* in pr. *L. ſi ita, §. ult. L. ſervus, D. eod.* Nata diſtinctio ex principiis, quæ poſuimus. Quod enim ex operis ſervi acquiſitum eſt, neceſſe eſt ob id quæſitum eſſe, quod locatæ ſint conceſſæve ſervi operæ alii, a quo & merces operæ profecta ſit. Quod ipſum declarat uſuarium uſum non eſſe. Iam autem diximus ipſum uti debere. *d. L. plenum, §. ult.* verſ. *operas.* Quod autem ex re uſuarii per ſervum quæritur, tale eſt, ut in eo acquirendo uſuarius opera ſervi utatur, dum ei mandat, ut ex re ſua ſtipuletur, negotietur, vel quid accipiat, aut factum poſtea ratum habet. *d. L. per ſervum,* in pr.

XXV. Ex his apparet, ei qui uſum habet, etiam poſſeſſionem rei tradi oportere, ut ea utatur in ædibus, fundo ſæpe, iumentis, ſervis, nave, veſtimentis, vehiculo, & ſimilibus, quibus niſi totis uti non licet. Diverſum eſſe in pecoribus, quæ ad fructum tantum ferendum habeantur, ut ovibus, vaccis, capris.

XXVI. Atque hæc commoda ſunt uſuarii in re, cuius uſum habet. Quæ ſint onera, videamus. Et ſunt hæc in re, quam poſſidebit, cum fructuario communia. Primum

3) Uſus ſervi quid ab operis ſervorum differat. Vid. Hot. *in §. pen.* 1. *h. t.* Uſus ſervi refertur ad uſuarium eiuſque morte finitur. Uſus conſtituitur perſonæ, operæ homini & cuivis exhiberi poſſunt per *L. 9. de op. L. ſer.* Adde P. Greg. 4. *Synt.* 2. *n.* 14. *&* 2. *ſeqq.*

mum quoniam res aliena eſt, & in ea non minus, quam in uſufructu conſultum eſſe debet proprietario: ſatiſdare debet eodem modo, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum: & cum uſus finitus erit, quod inde exſtabit, reſtituturum, *L. hac ſtipulatione*, §. 1. *L.* 1. in princ. *D. uſufr. quem. cau.* Deinde quod promittit, hoc ipſum & re præſtare debet, ut utatur, ut vir bonus, & bonus paterfamilias uteretur. *L. fundi*, in fin. *D. de uſu & hab.* quo quid contineretur, dictum eſt in uſufructu. Ni facit, eadem remedia proprietario prodita, actio ex ſtipulatione fructuaria, & rei ſuæ vindicatio. *L.* 1. §. *ult. D. uſu. quem. cav. L. pen.* in fin. *de uſu & hab.*

XXVII. Illud proprium, quod pertinet ad onera rei uſuariæ ferenda; qualia ſunt vectigalia & tributa, ſumptus refectionis, culturæ agrorum, alimentorum in pecora & mancipia.

XXVIII. De quibus exiſtat utilis præceptio in *L. ſi domus*, *D. eod.* de his nimirum ex commodis, quæ uſuarius capit, iudicandum eſſe pro portione, ad hanc ſententiam, ut ſi omnis fructus rei ad uſuarium redeat, etiam onera ad eum pertineant non aliter, quam ad fructuarium. Sin contra redeat omnis fructus ad proprietarium, etiam hunc onera ſequantur. Quod ſi ea res ſit, in qua poſt uſum aliquid domino relinquatur, tum onerum quoque inter eos pro portione fiat diviſio. Omnis fructus ad uſuarium pertinet, veluti ſi ædium, ſi ſervi uſus ſit relictus, quibus ille utitur, & commodum earum omne in uſu eſt. Item fundi, ſi ſit mediocris, & uſu legatarii fructus conſumatur. *L. fundi*, *D. de uſu & hab.* Proinde uſuarius & reficiet ædes, & fundum colet, & alet ſervum, curabitque ægrotum. Nihil ad uſuarium redit fructuum, aut quod per quam ſit exiguum, uſu ovium, caprarum, ſuum relicto: quo in genere illum diximus neque lacte niſi modico, neque agnis aut fœtu uſurum. Fructus ad ambos redit, ut in fundo amplo, aut ſilva ampla, ex quibus cum tantum ſumpſerit uſuarius, quantum ſibi ſuiſque ſufficiat, nihilominus multum fructuum domino ſuperſit.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER UNDECIMUS.

De ſervitutibus rerum, ſive prædiorum tum urbanorum, tum ruſticorum.

CAPUT I.

Servitus prædii quæ ſit; & quæ cauſſæ eius ſervitutis.

Tranſitio & ordo. I.
Prædiorum ſervitutes quare ita dictæ II.
Prædiorum ſervitus quid. Et quæ definitionis præcipua ratio, & finis. III.
Cauſæ ſervitutis quatuor, & quæ. Utilis partitio & quare. IV.
Res ſervituti prædiorum ſubiectæ, ruſtica & urbana prædia. V.
Hinc ſervitutis prædiorum a ſervitutibus perſonarum differentia; & qualis. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Finis ſervitutum, utile ſeu commodum. Quare illius cognitio neceſſaria. Utilitatis nomine quid veniat. VIII. XII.
Servitutis prædiorum utilitas duo requirit. IX.
1. *Ut Servitus ei prædio ſit utilis, cui acquiritur.* X.
Interpretatio L. ut pomum 8. *in princ.* D. de ſervit. XI.
2. *Ut prædio ſoli, non alteri: & quare.* XIII.

I. COgnitis ſervitutibus perſonarum, reſtant rerum ſervitutes, genus alterum propoſitæ diviſionis de ſervitutibus, ex *L. 1. D. de ſervit.* Re, & habendi iure a ſuperiore plane diverſum: ut merito de utroque ſeparatim quæratur in generibus ſingulis: quam ob rem & genera a veteribus ſunt diſtincta.

II. Rerum ſervitutes eædem ſunt, quæ & prædiorum, quorum unum ſervitutem debet, alteri debetur, de quo mox plura. Sed tamen & prædiorum dici poſſunt ab una parte prædiorum, eorum videlicet, quorum cauſſa conſtituuntur. Ut enim dicuntur perſonarum, non quæ utrinque perſonas habent, quarum una ſervitutem debeat, & alteri debeatur, ſed quæ dantur perſonis: ſic recte prædiorum, quæ dantur prædiis, ut in utraque appellatione eius, cui ſervitus debetur, ratio habeatur. Idque ita expreſſit Ulpianus in *L. 1. §. permittitur, D. de aq. quot. & æſt.* Argumento eſt, quod quæ dicuntur perſonarum & rerum ſervitutes: eædem ſingulæ numero ſingulari dicuntur perſonæ, & prædii ſervitus. *L. ſi quis binas 32. D. de uſufruct. L. 4. D. de ſervitut. ruſt. præd.* Quæ quidem appellatio uni tantum parti & ei dominanti aperte tribuitur: Apertius, cum dicitur ſervitus in rem, aut in perſonam conſtituta. *L. Caius, D. de ann. legat.*

III. Hoc igitur quæramus, quæ ſit rei & prædii ſervitus. Ea eſt, quæ alieno prædio impoſita ad vicini alicuius prædii ſolius uſum, eumque perpetuum conſtituta eſt. Definitio huc ſpectat, ut declaret eam demum vere eſſe rei ſervitutem, quæ ita conſtituta eſt eius rei cauſſa, ut efficiatur rei propria; & præ-

& præterea ita ſit in eius rei poteſtate, ut poſſit in eius rei uſu perpetuo haberi, quæ duo ſunt, quibus maxime quid alicuius cauſſa factum eſſe dicimus.

IV. Sed an vera ſit & recta definitio, tum quid contineat, cognitis partibus intelligetur. Partes ſunt cauſſæ ſervitutis prædii, quas definitio complectitur. Cauſſas voco res ad conſtituendam hanc ſervitutem neceſſarias: ut ſi concurrant, efficiatur ſervitus prædii: ſi quid in his deſit, aut non ſit ſervitus, aut certe non ſit prædii. Eas cauſſas licet in hoc genere obſervare quatuor, eaſdem illas fere, ex quibus conſtant res cæteræ: materiam, finem, formam, cauſſam efficientem. Et vero ſunt hæ cauſſæ ſervitutis prædii: Res huic ſervituti convenientes, velut materia ſervituti ſubiecta: Utilitas ſervitutis prædio dominanti quæſita, tanquam ſervitutis finis: Hac ſervitute utendi facultas perpetua, velut forma quædam, quæ ad utilitatem accedens proprium quiddam prædii in ſervitute efficiat: Conſtitutio ſervitutis, tanquam efficiens cauſſa. De quibus cauſſis ſi dixerimus diſtincte atque ordine quid poſtulent, & quam iure ſint cognitæ: eadem opera aſſequemur, ut, ubi ſit, aut non ſit ſervitus prædii, intelligatur, & definitio ſuperior ſit expoſita ac plane conſtituta. Tres priores propriæ ſunt huius ſervitutis. Quarta in qua poſuimus ſervitutis conſtitutionem, magis communis cum reliquis ſervitutibus, & magis ad ius quærendæ & habendæ ſervitutis pertinet. Quam ob cauſſam etiam extremo loco hanc poſuimus, de qua & ſeparatim atque in commune diceremus.

V. Res ſervituti prædii convenientes ſunt non omnes, ſed tantum immobiles. Proinde prædia ſolum tam urbana, quam ruſtica. Nam res ſoli prædia appellamus. Et hæc prædia utrinque exigimus, non tantum ut res, cui ſervitus debetur, ſit prædium: ſed & quæ debet, ſit item prædium, & contra; atque ita fiat, ut conſiſtat ſervitus prædii ſolum in prædiis, quorum unum ſervitutem debeat, alteri debeatur; ideſt, quorum uni ſervitus ſit impoſita, & ſit impoſita alterius cauſſa, cui quæratur & debeatur ſervitus. Quod ni ita ſit, non erit ſervitus prædii. *L. 1. D. com. præd. §. ideo, Inſtitut. de ſervitut.* Ex quo iam poteſt intelligi, quam recte dicantur hæ ſervitutes prædiorum, quæ ſunt ſemper duorum prædiorum, unius ſervientis, & alterius dominantis: etſi non male prædiorum dici poſſint hoc ipſo, quod tribuuntur prædiis, quanvis fieri poſſet, ut his tribuerentur a re mobili.

VI. Qua parte maxime apparet, quid hic ſit proprium huius generis, & quantopere in eo diſtent hæ ſervitutes a ſervitutibus perſonarum. Nam ſervitus perſonæ, ſive rem ſpectes, quæ ſervitutem debet, ſive eum cui debetur, neutrubi rem ſoli exigit. Poteſt uſusfructus ædium & fundi conſtitui: ſed poteſt & rerum mobilium omnium, quæ ſunt in bonis, ut pecorum, iumentorum, equitii, armenti, navis, vehiculi, veſtimentorum, ſervorum, ut ſuo loco oſtendimus. Quod ſi rem ſpectemus, cui ſervitus debetur, hæc vero res in ſervitute perſonæ non modo poteſt eſſe mobilis, ſed nec poteſt eſſe alia, quam mobilis. Debetur enim perſonæ hominis. Perſona autem in rebus moventibus. Utrumque contra in ſervitutibus rei ſeu prædii, quæ quia utrinque prædia deſiderant, ut ſit unum, quod debeat, & alterum, cui debeatur ſervitus, eveniet, ut ſi vel una res ex his, inter quas ſervitus conſtituta eſt, ſit [1] mobilis, non ſit prædii ſervitus. Finge ſervitutem nobis conſtitutam in re mobili. Quanvis conſtituta ſit prædii noſtri cauſſa, ut exiſtimari poſſit data eſſe noſtro prædio: tamen ſciemus eam prædii ſervitutem non eſſe. Ut puta, legatus eſt mihi uſus iumentorum ita, ut fundo tantum meo opus ruſticum facerent, ſeu ut his uterer tantum colendi agri mei cauſſa. Nihil hic prædii eſt: tantum erit uſus iumentorum ad certum modum utendi conſtitutus, ideſt, ſervitus perſonæ. Apparet tamen hanc ſervitutem maxime conſtitutam eſſe prædii mei cauſſa. Sed non eſt prædium, quod debet. Hoc autem ut ſit, etiam exigimus, *d. L. 1. D. de com. præd.* E converſo etſi nobis conſtituta ſit ſervitus in alieno fundo, & quidem rei alicuius noſtræ cauſſa; ſi cauſſa rei mobilis, ne ſic quidem erit ſervitus rei, ſed tantum perſonæ, veluti ſi mihi ceſſeris ius [2] paſcendi pecoris in fundo tuo. Ubi apparet ſervitutem quæſitam eſſe pecoris mei cauſſa. Sed non eſt prædii cauſſa. Hoc autem genus prædium, cui debeatur, & quidem vicinum deſiderat.

1) Hinc DD. navi, cum res mobilis cenſeatur, *L. 1. §. 7. de vi arm. L. 20. §. pen. Quod vi aut clam*, ſervitutem imponi non poſſe, Padilla *ad L. 1. C. h. t. n. 12.* Quanquam ſi maxime iure rei immobilis ac prædii etiam urbani cenſeretur, alia tamen deeſſent, ut vicinitas prædii dominantis &c.

2) Ex iura igitur venandi in alieno, hauriendi aquam ex puteo, ligna cædendi & ſimilia, quæ ſervitutes innominatæ a quibuſdam vocantur, non ſunt ſervitutes reales, Tob. Paurmeiſt. *L. 1. de iuriſd. C. 18. n. 8* licet ius venandi Gail. *2. Obſ. 66. n. 2.* ex notiſſima Germaniæ conſuetudine ſupremi tribunalis ſententiis confirmata, ſervitutem prædialem haberi teſtetur.

L. 4. *L. ergo, ſeq. D. de ſervit. ruſt. præd.*

VII. Quo loco ſtatim occurret, ut quæratur, cur non ſit ſervitus rei aut prædii, quæ rei noſtræ, aut prædii noſtri cauſſa conſtituta eſt: tametſi aut debeatur a re mobili, aut debeatur mobili rei. Quid enim ad rem pertinet rerum conditio, dum ſint noſtræ, conſtituentium; & ſervitus conſtituta ſit rei meæ cauſſa? Eſto enim, ſit hæc res mobilis. Attamen res mobilis mea, tam mea eſt, quam immobilis; & quod eius cauſſa paratur, tam paratur rei meæ cauſſa, quam ſi paratum eſſet cauſſa prædii. Ex contrario & res mobilis aliena deſtinata ad ſerviendum, tam eſt in iure & poteſtate domini ad ſervitutem ei imponendam, quam quævis res eius immobilis. Quid igitur obſtant, inquam, res mobiles, quominus ſit rei noſtræ ſervitus, quæcumque rei noſtræ cauſſa conſtituta eſt; ſive res noſtra erit mobilis, cui ſervitutem quæſitam volumus; ſive mobilis res aliena, a qua debetur ſervitus? Et nihil obſtaret rerum conditio, ſi hoc tantum quæreremus in ſervitute prædii, ut eſſet prædii cauſſa conſtituta. Sed hoc amplius exigimus, ut eſſe poſſit in perpetuo rei uſu, quoties opus erit. Quam recte exigamus hunc uſum, dicetur poſtea ſuo ordine. Nunc hoc conceſſo, quod inde ſumi volumus, uſum ſcilicet ſervitutis rei perpetuum eſſe debere ei rei, cui debetur: fit, quod eſt proprium huius partis, ut non poſſit ſervitus rei conſiſtere, niſi in prædiis duobus, quorum uni ſervitus debeatur, alterum debeat. Nam ſi rei mobilis uſus legatus erit fundi noſtri cauſſa, puta, iumentorum, ut in noſtro opus faciant, iumenta ſubduci poſſunt, & ſe ipſa ſubducere, ne ſemper parata ſint ad uſum eum præbendum, cum opus eſt, & rei noſtræ utilitas deſiderat. Et contra ſi fundo alieno impoſita erit ſervitus pecoris noſtri paſcendi cauſſa, eodem modo pecora ſe ſubducere poſſunt, & ſubduci, ne eum ipſis opus eſt, percipiant cum uſum ſervitutis. Qua utraque re efficitur, ne ſervitus ſit in perpetuo uſu eius rei, cui ſervitus debetur. Utrumque contra eveniet, ſi erunt utrinque prædia. Hæc enim loco conſiſtunt, nec moventur. Quam ob cauſſam fieri non poteſt, quin ſervitute in his conſtituta ſemper parata ſint, illud ad uſum ſervitutis debitæ perpetuo præbendum, hoc ad uſum ſervitutis quæſitæ perpetuo recipiendum.

VIII. Prædiis poſitis, in quibus volemus conſtitui ſervitutem, proximum erit ad ſervitutem prædii conſtituendam, ſeu ad huius conſtitutionis notionem, ut ſpectetur utilitas prædii, cui ſervitutem quæſitam volumus. Hic vero finis eſt ſervitutis omnis, huius utilitas, cuius etiam cauſſa ſervitus omnis quæritur in alieno. *L. quoties*, 1. *D. de ſervit.* Idem hic finis initio ſervitutum genera diſtinguit, ut quemadmodum ſi qua non ſit conſtituta ad utilitatem alicuius perſonæ, non eſt perſonæ: ſic & ſi qua non erit conſtituta prædii cauſſa, non ſit prædii. Ita hic finis eſt in hoc genere, quem prædio invento ante omnia ſtatui oporteat: ſine quo quæcumque addiderimus poſtea, ut efficiatur hæc ſervitus, tamen prædii ſervitus eſſe non poteſt.

IX. Hæc utilitas in ſervitutibus prædiorum duo deſiderat.

X. Primum illud citra controverſiam, ut ſervitus conſtituta ſit eius prædii cauſſa, cui eam quæſitam deberi volumus, ſitque ut conſtituitur, re vera ei utilis. Quæ ſervitus in alieno meliorem cauſſam prædii noſtri non facit, ea non eſt prædii ſervitus. *L. ſi ædes*, 38. *D. de ſerv. urb. præd. L. veluti*, in pr. & §. 1. verſ. *quid ergo*, *D. de ſer. ruſt. præd.*

XI. Hinc illud Pauli in *L. ut pomum*, D. de ſervit. *ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari & cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt*. De ſervitute perſonæ hoc dictum accipi non poteſt. Quiſquis enim iure conſtituto alterum in re ſua quid facientem cogitur pati, huius res ſervit. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de ſervit.* Quiſquis item in re ſua ius ſuum aliqua in parte deminuit, alterius auxit, ſervitutem rei ſuæ impoſuit. *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de op. no. nunt.* In ea autem cauſſa eſt, qui alteri in re ſua pomi decerpendi, ſpatiandi, cœnandi ius conceſſit. Sic enim cogitur pati, quod prius non cogebatur, & aperte his rebus ut deminuit ius ſuum, ita auget ius eius, cui conceſſit. Non dubium igitur, quin hoc ceſſo aut relicto, ſervitus conſtituta ſit. Quæ ſi non eſt prædii, reſtat ex diviſione ſuperiore, ut ſit perſonæ. Et eſt omnino perſonæ, nempe uſus in alieno ad res ſupra ſcriptas conſtitutus. Nam & uſus alicui ſic conſtitui poteſt, ut aqua tantum, quæ in noſtro fundo eſt, utatur. *L. uſus aquæ*, *D. quib. mod. uſusfruct. amit.* Quidni & de cæteris rebus aut partibus fundi ita conſtitui poteſt, ut quis his utatur ad eumdem certum modum? Quid eſt ergo, quod Paulus ait ſuperiorum rerum ſervitutem imponi non poſſe? Et cum de ſervitute perſonæ id accipi non poſſit; relinquitur, ut dictum

dictum ſit de ſervitute prædii: ſitque hæc ſententia, iſtarum rerum ſervitutem prædii eſſe non poſſe. Neque vero verba refragantur. Etſi enim generaliter ſervitutis verbo continentur ſervitutes omnes etiam quæ ſunt perſonarum: *L.* 1. *D. de ſervit. L.* 1. *§. ſi uſusfructus, D. ad leg. Falcid.* tamen ſic fere uſus veterum obtinuit, ut hoc verbo [3] ſpecialiter vocent eam, quæ eſt ſervitus prædii, per excellentiam nominis videlicet, quomodo etiam cum ſimpliciter ſervitus, & ſervitutes nominantur, in his locis accipi conſtat, *L.* 2. *L.* 4. *D. de ſervit. L. ergo, ſeq. D. de ſervit. ruſt. præd. L.* 2. *D. ſi ſer. vind. §. ultim. Inſtit. de uſ. & hab.* Unde *Titulus in C. de ſervitutibus*, diſtinctus a *Titulo de uſufructu*. Item & in *Inſtitutionibus*. In quo numero & hunc locum Pauli haberi oportet. Et vero ſententia ad eam rationem pertinet, quam tractamus. Ideo ſuperiorum rerum ſervitus prædii imponi non poteſt, quantumvis prædium vicinum habeamus, quia nihil eorum prædio noſtro utile. Sunt enim omnia extra fundum, ut apparet, & cum quid eorum fecerimus, id eſt, pomum decerpſerimus, ſpatiati, & cœnati fuerimus in alieno; nihil tamen inde referri poteſt ad utilitatem prædii noſtri, nihil quod in fundo ad eius utilitatem conſumatur. Dices, propter iſta fundum noſtrum pluris vendi poſſe, & hactenus ſervitutem ad utilitatem fundi noſtri pertinere. Recte hoc diceretur, si prius conſtaret hæc iura fundo noſtro eſſe quæſita. Quod ſi quæſita non ſunt, verum non eſt fundum pluris [4] vendi poſſe propter ea, quæ non ſunt eius fundi, & quæ fundum venditum non ſequuntur. At de hoc ipſo controverſia eſt, an ſint hæc iura fundo meo quæſita. Hoc quidem Paulus negat, quocumque modo ſervitutis verbum apud eum accipi placet, ſive generaliter, ſive ſpecialiter. Et ut quis concedat aliquem venditorem errore deceptum propter iſta iura mihi ceſſa pluris fundum meum emere velle, atque adeo quanvis concedat, iure fundum propter ea pluris vendi poſſe, quod fieri non poteſt; tamen vel hoc ipſum declarat ea iura ad utilitatem prædii mei non pertinere: quia pretium tunc percipio, cum amplius prædium non habeo, utpote traditum iam ex cauſſa emptionis, aut re in eam cauſſam deducta, ut tradere debeam.

XII. Utilitatem prædii hic ſic accipiemus ut expoſuimus in definitione ſervitutis, commoditatem, quidquid denique facere commodum eſt, vel ad prædii amœnitatem & voluptatem, ut ſæpe accidit in aquæductu, & proſpectu. *L. hoc iure. D. de aq. quot. & æſt.* Sed & illud ex eodem loco adiiciemus, utilitatem præſentem hic neceſſario non exigi. Servitutem utilem eſſe poſſe, & haberi ad caſus repentinos, ſatis eſſe. *L. ei fundo. D. de ſervit.*

XIII. Alterum deſiderat ea utilitas, quam in ſervitute prædii quærimus, ut ſervitus conſtituta ſit ad eius ſolius prædii uſum, id eſt hactenus, quatenus ad id prædium opus ſit. Non ultra. *L. ergo*, in fin. *D. de ſervitut. ruſt. præd.* Quod ſi quid nobis conſtitutum ſit licere ex alieno ſumere, quo quidem poſſimus uti ad utilitatem prædii noſtri, verum & extra fundum ad utilitatem noſtram liceat: placet ſervitutem eſſe perſonæ, nempe uſumfructum; prædii ſervitutem non eſſe. Declaratur hæc ſententia exemplis in *L.* 4. *L. ergo*, ſed maxime in *L. veluti, ſeq. D. de ſer. ruſt. præd.* Sed cur exigimus ut ſervitus conſtituta ſit ſolius prædii dominantis cauſſa, ac non ſatis eſt ita eſſe conſtitutam, ut poſſit prædio aliquo modo eſſe utilis? Quia id cuiuſque eſſe intelligitur, quod eius eſt proprium. At quærimus ſervitutem, quæ ſit prædii. Proinde recte exigimus, ut ſit ſervitus, quæ ſit prædii propria. Non eſt autem prædii propria, ſi ad alienas utilitates ſponte ſua poteſt transferri.

CAP.

3) Ita & Hot. 8. *Obſ.* 20. Duar. *ad d. L.* 8. (ipſi 7.) quia ſervitutes reales perpetuum uſum & continuam cauſſam requirant, & fere Forner. 2. *Select.* 28. Sic & in *Rub. h. t.* genus ad ſpeciem revocari pro ſubiecto argumento vult Baro *ibid.* Qui tamen ad §. 3. *I. h. t.* accipit *d. L.* 8. de loco alieno ratione conſtituentis ſervitutem, ut ſit ſenſus: Neminem in alieno, ſed in ſuo ſervitutem imponere debere. Quæ non probo. Sic enim dubitatio leviſſima, & cur ſpeciatim diceretur, quod generatim & perpetuo verum. Cuiac. 24. *Obſ.* 22. contendit nec ſervitutem perſonalem, ſic conſtitui poſſe, quod nec uſui nec uſuiſructui ſimilis ſit; ſed conventionem huiuſmodi venditioni forte rei adiectam iuſtam eſſe ac obligationem parere, arg. *L.* 12. *de ann. leg.* & Io. Superior ad *d. L.* 8. (ipſi 7.) *n.* 2. Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 13. *& ſeqq. ac* Buſius ad *d. L.* 8. Sed quis dicet aquæ hauſtum uſui vel fructui ſimilem, qui tamen quandoque ſervitus perſonalis ut & ius geſtandi in alieno *L.* 14. *ult. de alt. leg.* Hot. *d. C.* 20. Zaſ. *in Parat. h. t. n.* 2. vocat hanc ſervitutem ignominem & anomalam ſeu irregularem. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 2. *n.* 12. non eſſe ſervitutem hanc perſonalem, ſed aliud ius perſonale illi affine, quod reprobat Coraſ. *ad d. L.* 8. *n.* 9. *&* 10. qui & *n.* 8. ideo hic ſervitutem realem non eſſe, quia prædium cui deberetur, non nominatum.

4) Io. Superior *ad d. L.* 8. quod pluris vendi poſſit, fundus, id quia extra fundum ſit ac remotius non ſpectari. In ſervitutibus enim hæc, non quoquomodo intereſſe prædii debere nec ſecundum quid, ſed principaliter.

Digitized by Google

C A P. I I.

Servitutes prædiorum facultatem ſervitute perpetuo utendi, quandiu amiſſæ non ſint, deſiderare. Ad eam facultatem exigi hæc tria: ut ſint prædia duo, quorum unum ſervitutem debeat, alteri debeatur: ut prædia ſint vicina: ut ſervitus quæcumque eſt prædii, cauſſam habeat perpetuam: & de duobus prioribus. Maxime de eo, Quatenus vicina prædia eſſe oporteat, Et quid in his intermedium ſervitutem impediat.

Prædiorum ſervitus perpetuum rei ſervientis uſum requirit. I.
Ad hanc uſus perpetuitatem tria deſiderantur; & quæ. II.
Duorum prædiorum ſuperius expoſita ratio; & quatenus. III.
Item prædii utriuſque vicinitas per intermedium non interrupta. IV.
An locus intermedius impediat, necne ſervitutem, unde æſtimandum. V.
Non impedit nullus in ſervitute uſus intermedii loci. VI.
Si tamen ille ſit neceſſarius: diſtinctionis modus qui. VII.
Intereſt utrum locus intermedius ſit proprius, an alienus; itemque ſacer, religioſus; an publicus. VIII.
Proprius nunquam impedit. IX.
Alienus, uti & ſacer, religioſus, ſanctus omnem prædii ruſtici ſervitutem impedit, non item omnem urbani: & quare. X.
Publicus locus intermedius nec omnem ruſticam ſervitutem impedit, nec omnem urbanam. Differentiæ ratio. XI.
Item publicum flumen ſi intercedat, iter aut viam non impedit, cum pontem habet, aut vadum; ſecus cum pontonibus traiicitur. XII.
Interpretatio L. 38. D. de ſervit. ruſtic. præd. *& quatenus fluminis exemplum recte transferatur in privatum lacum, eumdemque perpetuum*. XIII. XIV.
Locus privatus intermedius non eſt perpetuum ſervitutis impedimentum, & quomodo: ſecus publicus, ſacer, aut religioſus & quare. XV.

I. NOn ſufficit ſervitutem prædio conſtitutam ſoli prædio eſſe conſtitutam, ut ſit prædii. Tertium exigimus in cauſſis ſuperioribus, ut ſit facultas perpetua ea ſervitute utendi, id eſt, ut ſervitus ita ſit conſtituta, ut poſſit etiam ſecundum naturam rerum in eius rei uſu perpetuo haberi. Nec immerito id tertium exigitur. Nam ne hoc quidem proprium, quod hic quærimus, eſſe intelligitur cuiuſquam, niſi quod ſit etiam in eius poteſtate, ut eo uti poſſit, cum velit, aut alius eius nomine, nec finiatur, quandiu eſt is, cuius res eſt propria, niſi amittatur iuſtis & conſtitutis modis. Id in ſervitute prædii ita contingit, ſi ut prædium perpetuum eſt, ita facultatem ſervitutis ſibi ſemel quæſitam perpetuo retineat, niſi ſuis & iuſtis modis amittatur. Ut autem ſciri poſſit huius perpetui uſus facultatem ad naturam ſervitutis iure neceſſariam haberi; quæcumque viſa ſunt ad hunc uſum obtinendum pertinere, obſervabimus eadem ad conſtituendam prædii ſervitutem iure recepta deſiderari; ut ſic ex iis, quæ propter finem inducta ſunt, liceat finem ipſum facile agnoſcere.

II. Sunt ergo ex hac cauſſa hæc tria ad ſervitutem prædii conſtituendam. Primum ut ſint prædia utrinque huic ſervituti ſubiecta, quorum unum ſerviat, alterum dominetur. Secundum, ut hæc prædia ſint vicina. Tertium, ut ſervitus quæcumque eſt, cauſſam habeat perpetuam. De quibus omnibus iuris & veterum conſtitutiones ſunt certæ.

III. De prædiis iam ante diximus in rebus; in quibus volumus ſervitutem conſiſtere. Idque ideo diſtincte & primo loco, quia ante omnia res convenientes ſubiacere oportear, in quibus conſtituatur prædii ſervitus. In quo eſt quidem materia ſervitutis huius generis: ſed ita tamen, ut cum longius progredi, & cauſſam inveſtigare volumus, prædiorum in hac ſervitute exigendorum ratio ex hac cauſſa ducatur, quia in hoc genere perpetuum uſum ſervitutis quærimus. Hic enim ita demum pro natura rerum eſſe poteſt, ſi ſervitus conſtituatur in rebus immo-

immobilibus, id eſt, in prædiis; rebus videlicet eodem loco perpetuo conſiſtentibus, eoque ita conſtitutis, ut una perpetuo parata ſit ad ſervitutem præſtandam, altera ad recipiendam, ut & ſupra oſtendimus.

IV. Non eſt ſatis. Ex eadem cauſſa in his prædiis exigitur ſecundum ad ſervitutem prædii, ut ſint vicina; quod quidem ſatis ſit ad uſum ſervitutis perpetuo præbendum, & mutuo recipiendum. Servitus prædii quanvis prædio impoſita & alterius prædii cauſſa, quod quis habeat: tamen ei qui vicinum prædium non habet, conſtitui non poteſt, ut eſt in *L. ergo*, 5. *D. de ſervitut. ruſt. præd.* & *L. Mela*, §. *ultim. D. de ali. leg.* Sed vicina prædia intelligere debemus, aut [1] coniuncta & continentia, quorum ex uno ad alterum ſervitutis uſus pervenire poteſt ſine interruptione; aut loco quidem aliquo intermedio diiuncta, ſed eo loco, qui non impediat uſum ſervitutis. Cæterum loco medio intercedente, ſi is ſervitutis uſum impedit, ſervitus conſtitui non poteſt, ſive impediat in totum; ſive ita, ut per naturam loci nobis non liceat ſervitute uti, cum opus eſt, & volumus. Facultatem enim, ut dixi, ea ſervitute utendi perpetuam exigimus. In itinere, actu, via, & ſimilibus ſervitutibus ruſticorum prædiorum per fundum meum ad tuum conſtitutis, locus intermedius privatus, quia non ſervit, in totum impedit uſum ſervitutis. Ideo ſine dubitatione impedit ſervitutem. *L qui ſella*, §. *ultim. D. de ſervitut. ruſt. præd.* Sed ut maxime intercedat flumen publicum, quod a quovis privato uſu navigari & traiici poteſt: ſi tamen flumen nihil habeat amplius, quam pontones, quibus traiiciatur, placet viam per fundum tuum ulteriorem ad citeriorem meum conſtitui non poſſe. *L. ult. D. de ſer. ruſt. præd.* Non alia de cauſſa, ut apparet, quam quod pontones non ſemper ſint ad manum, ut ire & commeare liceat, quoties libet, aut expedit.

V. Hinc quæſitum, quæ loca intermedia interrumpant uſum ſervitutis, aut non interrumpant, ac per uſum impediant, aut non impediant ſervitutem. De quo commode ita ſtatuemus. Primum videndum, utrum ut uſus ſervitutis a prædio alieno ad noſtrum pervenire poſſit, non neceſſe ſit aliquid facere in loco intermedio; an vero ſit neceſſe.

VI. Si nihil facere neceſſe eſt, nullus locus intermedius impediet ſervitutem, quæ modo prædio noſtro poſſit eſſe utilis. Quod accidit in ſervitute, ne luminibus, aut proſpectui ædium noſtrarum officiatur. Finge enim inter meas & tuas ædes intermedias eſſe ædes Titii, ſed depreſſas ita, ut ſi velis attollere ædes tuas, poſſis nihilominus & proſpectui, & luminibus meis officere. Si mihi concedas ius tibi non eſſe tollere altius, ne luminibus meis aut proſpectui officias; aperte utile ius eſt ædibus meis, & utilitas eiuſmodi, quæ ad meas ædes pertineat, etſi nihil ego in ædibus Titii faciam, aut in eas immittam. Ideo placuit hanc ſervitutem ulterioribus ædibus recte imponi, nec intermedias ædes alienas, quanvis non ſerviant, obſtare. *L.* 4. in fin. *L.* 5. *L.* 6. in princ. *D. ſi ſer. vind. L. in tradendis.* §. 1. *D. com. præd.* Et animadverſa ratione idem generaliter dicemus, quiſquis locus intercedet, etiam ſi publicus vicus, aut alia via publica. *L.* 1. *D. de ſerv. urb. præd.* Ergo etſi erit locus ſacer, aut religioſus: ut quo uti in ea ſervitute non ſit neceſſe. arg. in *L. ſi prius*, §. *pen.* in fin. *D. de aq. plu. arc.*

VII. Quod ſi ad ſervitutis uſum neceſſe erit aliquid in loco intermedio facere: hic proximum eſt, ut videamus, quid in eo loco liceat, quid non liceat, ut ſi quidem in eo idem nobis licet, quod in fundo ſerviente, nihil ſit impedimento ſervituti, ſi non licet, aut licet non ſine interruptione, impediatur ſervitus. Hinc locorum intermediorum in hoc genere apud veteres diſtinctio.

VIII. Intereſt igitur utrum locus intermedius, quo ad ſervitutem uti oportet, meus ſit, an alienus, & qui in eadem cauſſa ſunt, locus ſacer, religioſus, ſanctus, an vero publicus.

IX. Si meus, nihil nocet. Veluti, ſi fundo tuo duo ſint mihi ordine prædia vicina, & velim per tuum ius mihi eſſe ire agere ad fundum meum ulteriorem, ita ut ſoli ei ſervitus debeatur. Recte mihi cedes ſervitutem, nec impediet meus privatus intermedius, quanvis eamdem ſervitutem nec habeat, nec debeat. *L. ſi prius*, §. *pen.* in pr. *D. de aq. plu. arcen.* ſcilicet cum ſit mei iuris totus. Per eum quoque meo iure ire agere poſſum ad meum ulteriorem; atque hoc modo iter a tuo cœptum ad ulteriorem illum ſine interpellatione continuare. X.

[1]) Nec differentia eſt hic inter ſervitutes urbanas & ruſticas, quaſi in his vicinitas prædii dominantis & ſervientis requiratur, in illis non item, ut lo. Sup. *ad L.* 3. *h. t.* *n.* 3. & Vult. *in pr. l. h. t. n.* 12. *& ſeq.* nec ſimpliciter intereſt prædia intermedia publica ſint, an privata, ut fere Coraſ. *ad L.* 14. §. *ult. h. t. n.* 3. *&* 4. ſed in eo conſiſtit, an prædium interiectum impediat venire utilitatem de uno ad aliud. Cæpolla *de Serv. urb.* C. 18. *n.* 2. Duar. *ad d. L.* 14. §. *ult.*

Digitized by Google

X. Si locus intermedius erit alienus: quia in eo nihil licet facere invito domino. *L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſervit. vind.* Eveniet contra generaliter, ut ſi in eo quid faciendum erit ad uſum ſervitutis, impediat [2] ſervitutem: niſi & per eum eadem mihi conſtituta ſit ſervitus. *L. tria*, in fin. *D. de ſervit. ruſtic. præd.* Tales ſunt ſervitutes omnes prædiorum ruſticorum. Ideo in his recte ita traditur ſine exceptione: *in ruſticis prædiis impedit ſervitutem medium prædium, quod non ſervit*. L. qui ſella, §. ultim. *D. de ſervit. ruſticor. præd.* dum medium prædium hic intelligamus, quod non ſervit quidem, ſervire tamen nobis poteſt, ideſt, alienum, non noſtrum. Nam nec noſtrum medium nobis ſervit, cum per tuum fundum ſuperiori fundo meo via ceſſa eſt. Nulli enim res ſua ſervit. *L. in re communi*, *D. de ſervit. urban. præd.* Valet tamen nihilominus ſervitus, ut ſupra diximus. *d. L. ſi prius*, §. *pen. de aq. plu. arc.* Sed & hoc nobis non poteſt ſervire. *L. uti*, in pr. *D. ſi uſufr. pet.* Ideo ad definitionem ſuperiorem non pertinet. Tales item ſervitutes prædiorum urbanorum eæ, in quibus ab unis ædibus in vicinas aliquid immittitur, proiicitur; ut tigni immittendi, proiiciendi, protegendi, fluminum, & ſtillicidiorum. Quare & in his ex eadem regula impediet ſervitutem locus medius privatus, qui non ſervit. Non enim poſſunt immiſſa & proiecta ex meis ædibus ad tuas pervenire, ut illæ meis ſerviant, quin ſi locus aliquis medius intercedat, eadem illa ſupra eum locum protendantur, & per eum traiiciantur. Nulli autem in alieno facere quidquam licet invito domino niſi iure ſervitutis. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſer. vind.* Quod ſi non licet in alieno, nec licebit in cœlo, quod ſupra id ſolum eſt, quia cœlum, quod eſt ſupra ſolum, non minus liberum eſſe debet. *L. 1. D. de ſer. urb. præd.* Hoc quidem de publico loco ſcriptum eſt in *d. L. 1.* huius interventu impediri ſuperiores ſervitutes urbanorum prædiorum: hac ipſa ratione, quod cœlum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debeat. Multo igitur citius impedierit eaſdem ſervitutes locus privatus intermedius; quia in eo multo minus licet quid facere quam in publico, qui alioqui patet publicis omnium uſibus. Eadem cauſſa loci [3] ſacri, religioſi, ſancti intermedii, quæ & privati: ut quoniam his uti fas non eſt, nulla etiam ex ſuperioribus ſervitus poſſit imponi *d. L. ſi prius*, §. *penult.* in fin. *de aq. plu. arcen. L. ſervitutes prædiorum*, §. *ult. D. de ſervit.*

XI. Loci publici intermedii diverſa a ſuperioribus cauſſa eſt. Sunt enim quædam, quæ in publico loco facere non liceat; ſunt, quæ liceat iure publico. Et ex his quædam ſemper, quædam non ſemper, cum volumus, natura loci publici prohibente. Videndum igitur, quid ex his ad uſum ſervitutis liceat in publico, quid non liceat, & ex eo, quando loco publico intercedente impediatur ſervitus, aut non impediatur, æſtimandum. Ædificare in publico, immittereve quid in eum locum, quod uſum publicum impediat, omnino non licet. *L. 2.* in pr. & §. *ſi quis nemine*, *D. ne quid in loc. pub.* Sed nec ſupra eum locum quidquam poſitum habere, quo publico noceatur. Nocetur autem, ſi cœlum quod ſupra id ſolum eſt, non ſit liberum. Ideo ut ſit liberum, exigitur *d. L. 1. D. de ſerv. urb. præd.* Quare recte dicitur ibidem, ſi interveniat [4] ſolum publicum, vel via publica, immittendi, protegendi, proiiciendi, item fluminum & ſtillicidiorum immittendorum ſervitutes impediri. Nam ſi quæ immittuntur, proiiciunturve e noſtro in alienum, per locum intermedium traiicienda ſunt, ut ad locum ſervientem perveniant, neceſſe eſt eadem hæc immitti in locum aut ſupra locum publicum intermedium. Quod cum iure facere non liceat, hic neceſſe eſt impediri uſum ſervitutis, eoque & ſervitutem, quæ eſt in uſu. At per viam publicam itineraque publica ire, agere, commeare libere cuivis conceſſum eſt, omniaque facere, quibus non impeditur uſus publicus. *L. 2.* in pr. §. *ait prætor*, *D. ne quid in loc. pub.* Proinde ſi erit ſervitus in eundo agendove; & via publica intercedet, recte conſtituetur ſervitus, ut iter, actus, via, aquæ hauſtus, nec erit via publica impedimento. *L. ſervitutes prædiorum*, §. *publico*, *D. de ſervit. L. 1. D. de ſer. urb. præd.* Non idem conceſſum in aquæductu, ſed conſtitutum, a principe peti debere, ut per viam publicam aquam ducere ſine incommodo publi-

2) Si tamen inter meum & tuum fundum, prædium Caii medium, & per viam publicam poſſit ex tuo in meum iri, recte conſtituetur ſervitus, ut poſt Bart. *in L. 7. §. ult. R. P.* Coraſ. *ad L. 14. §. ult. h. t. n. 5.* quia & tunc per fundum Caii nihil fieri neceſſe eſt.

3) Quia loca ſacra & religioſa uſibus humanis penitus exempta; Publica non item, ſed uſibus omnium, ſecundum eorum naturam ſcilicet inſerviunt, Coraſ. *ad d. §. ult. n. 16.*

4) Nam ſi inter ædes noſtras via intercedat, trabe ex ædibus meis in tuas immiſſa utique contegetur ſolum publicum, Coraſ. *d. loc. n. 5.*

blico liceat. *d. L. ſervitutes, §. publico, de ſerv.* Credo, quia aquæductu facile 5 via corrumpi poteſt, certe periculum eſt, ne tempore fatiſcat paulatim ſubſidente terra, aut tubulis.

XII. Sed & flumen publicum licet cuivis traiicere, ſive pontem habeat, ſive non habeat, & non niſi navibus traiiciatur. Ut enim deſint cætera, licet certe cuivis in flumine publico navigare, ut velit. *L. 1. D. ut in flum. pub. navig. lic.* Quid ergo, si eædem ſervitutes conſtitutæ erunt, iter, actus, via, & flumen publicum intercedet? Iam dixi in loco intermedio non illud tantum ſpectandum eſſe, an in totum impediatur uſus ſervitutis, ſed etiam an ſæpe, ut non liceat eo loco ſemper uti, cum velimus, etiam ſecundum ipſius naturam. Id ipſum in flumine accidit. Atque hinc diſtinctio veterum in hoc genere, ut ſi quidem flumen pontem habeat, aut vado poſſit tranſiri, poſſit, & flumine publico interveniente, via conſtitui: sin pontonibus tantum traiiciatur, contra *L. ult. D. de ſer. ruſt. præd. L. ſi prius, §. pen. de aq. plu. arc.* Nempe quia priore caſu ſemper paratus eſt traiectus intermedii loci, cum ſemper pons transiri poſsit, aut vadum; ut hic nihil obſtet perpetuo uſui itineris aut viæ. Poſteriore interrumpitur naturalis facultas ſervitute utendi, cum libet, aut expedit: quia non ſemper ſunt pontones ad manum, ut per eos liceat traiicere, cum volumus. Nunc autem uſum ſervitutis perpetuum, certe qui natura rerum talis eſſe poſſit, quærimus.

XIII. Quod tamen dicitur flumine publico intercedente, quod pontonibus tantum traiiciatur, viam conſtitui non poſſe, de eo ita diſſerit Paulus in *d. L. ult. D. de ſer. ruſt. præd.* ut ſignificet ita verum eſſe, si flumen interveniat inter meum prædium, cui ſervitus debetur, & tuum quod ſervitutem debet. Diverſum 6 eſſe, si interveniat inter prædia plurium dominorum, aut inter plura eiuſdem domini: sic deinde mihi per ea prædia tam citeriora, quam ulteriora via conſtituatur ad meum fundum. Ut puta, conſtituta eſt mihi via a meo fundo per tuum fundum uſque ad flumen, a flumine rurſum per fundum tuum citeriorem uſque ad fundum meum. Placet ſervitutem hic recte conſtitutam, quanvis flumen traiici tantum poſſit pontonibus. Nempe quia una eſt via, quæ per plures fundos imponitur, cum unus ſit fundus, cui debetur. Et quia via eſt una, ideo placet poſſe me uno tantum fundo, cui recte impoſita ſit ſervitus, utendo totam ſervitutem retinere. *L. una eſt, D. de ſer. ruſt. præd.* At a meo fundo uſque ad flumen per tuum fundum recte ſervitus impoſita eſt, cum vicino iſto fundo tuo ſemper uti poſſim cum velim, quia flumen non intercedit. Quare hoc utendo, quod per ſitum & naturam locorum licet, totam viam retinebo etiam eam, quæ per ulteriorem fundum conſtituta eſt. Nec ad rem pertinet, quod ea via, quæ eſt ad ulteriorem fundum, fluminis interventu interrumpitur. Nam ſi ea ipſa via per fundum ulteriorem omnino non uterer; tamen per uſum citerioris fundi tota mihi retineretur ſervitus. *d. L. una, de ſer. ruſt. præd.* Quanto retinebitur magis, ſi ea utar quandoque traiiciendo flumen, tametsi non ſemper traiicere poſſim, cum volo?

XIV. Hac ratione etsi inter meum & tuum fundum, lacus perpetuus tuus intercedat, qui sit in fundo tuo, nihil prohibet, quominus mihi per fundum tuum ulteriorem iter aut viam cedas, & per lacum navigandi quoque ſervitutem imponas, ut ad fundum meum perveniatur. *L. via. §. 1. D. de ſer. ruſt. præd.* Nam & hæc una via eſt, quæ per fundum tuum, & lacum tuum privatum imponitur; ut quanvis ea uterer per fundum tuum ad lacum uſque tantum, tamen tota mihi retineretur. Quo fit, ut multo magis & tum retineam, cum per lacum etiam navigabo, & accedam ad fundum, etiam ſi per opportunitatem navis non ſemper liceat traiicere. Quanquam & illud etiam dici poteſt inter flumen publicum & lacum privatum intermedium hoc intereſſe, quod in flumine publico non ſemper pontones aut naviculæ ad traiiciendum paratæ eſſe poſſunt: idque natura ipſa rei efficitur. Nam pontones vi fluminis abduci poſſunt: poſſunt etiam furto a prætereuntibus, quia flumen patet publice. Utrumque contra in lacu privato, per quem ius navigandi conceditur: ubi naviculæ, quæ ad traiiciendum paratæ ſunt, ſic habentur, ut neque auferantur a lacu, qui non movetur vi ſua, nec periculum ſit a furibus in lacu privato & circumſepto.

XV. In his illud monendi ſumus, quod ſcriptum eſt in *L. in tradendis, §. 1. D. com.*

5) Adde quod rivum in medio loco publico exſtrui neceſſum eſſet, ut de tuo in meum fundum aqua ducatur. Cogaſ. *d. n.* 5.

6) Hæc verior *d. L. ult.* explicatio. Convenit Duar. *ibid.* Aliter Govean. 1. *Var. Lect.* 36. multifariam *d. L. ult.* corrigens, dum pro *alioquin*, *atquin*; pro *ſed*, *ſedet*; pro *idem iuris*, *id iuris* reponit; ac in fine legis inter illa verba, *quamvis inter*, negativam voculam *non* intericit.

D. com. præd. ſic locum alienum intermedium impedire, exempli gratia, iter, donec is locus non ſervit: ut tamen ſervitus convaleſcat, ſi medio loco ſervitus poſtea impoſita fuerit, aut deſierit locus ſervituti obſtare: quoniam per plurium prædia ſervitus imponi etiam diverſis temporibus poſſit. Quod ad loca publica, aut religioſa, item ſacra, quæ media ſunt, non pertinet. De his enim paciſci in totum non licet, nec eo magis convaleſcit pactum, ſi forte loca conditionem mutaverint. *L. inter*, *§. ſacram*, *D. de verb. obl.*

CAP. III.

Omnes ſervitutes prædiorum cauſſas perpetuas habere debere. Cauſſæ ſervitutis, quæ hic vocentur. Quæ ex his perpetuæ, quæ non perpetuæ.

Continuatio. I.
Cauſa ſervitutis ambigua: quo ſenſu accipienda. Duplex illa; & quæ. II. III.
Debet eſſe perpetua: talis autem nonniſi ex naturali cauſa. IV.
Interdum & ex hominis facto; & quatenus. V.
Ideo & foramen in pariete proluendi pavimenti cauſa non eſt in hoc genere ſervitutum. Pauli in L. 28. D. de ſervit. urb. præd. *vera ratio defenditur*. VI.
Item nec aquæductus aliunde quam ex perenni fonte aut ſcatebra petitus. VII.
An ſervitus aquæ ex caſtello ducendæ, aut ex privato flumine tollendæ per rotam recte conſtituatur. Quæ de ea veterum olim opinio. Caſtellum quid. VIII.
An ius cloacæ & fumi immittendi, & per privatum lacum navigandi perpetuas obtineant ſervitutis cauſas; & quomodo. Quid cloaca. IX. X. XI.
Summa huius & ſuperiorum capitum quo referenda. XII.
Uſus perpetuitas in ſervitute prædii qualis deſideratur. XIII.
Concluſio, & methodi ratio. XIV.

I. EX eadem cauſſa perpetui uſus, quem in ſervitute prædii quærimus, tertium illud natum, quod veteres ſtatuerunt, omnes ſervitutes prædiorum [1] perpetuas cauſſas habere debere. *L. foramen*, *D. de ſerv. urban. præd.*

II. Cauſſa ſervitutis dici poteſt etiam res omnis, quæ ſervituti uſum præbet, ut ſunt prædia, quæ ſervitutem præſtant, & recipiunt, item loca intermedia ſervituti materiam ſubſternentia. Unde itineris, actus, viæ cauſſam perpetuam dicere poſſumus, quia hanc præſtant prædia ad ſervitutem præbendam parata. Hæc autem perpetua. Sed cum ita dicitur, ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debere: apparet hic cauſſas alias quæri, quam prædia, quæ iam ſatis ante poſita erant. Ineptum enim eſſet dicere, ſervitutes prædiorum debere habere prædia. Quaſi quiſquam dubitaturus eſſet, an ſi prædiorum ſervitutes ſunt, poſſint aliquando non habere prædia. Eſt autem extra prædia cauſſa ſervitutis, quæ ſuperiore definitione intelligitur, res omnis quæ ſervituti occaſionem præbet, ſeu cuius cauſſa ſervitus quæſita eſt.

III. Ea res & cauſſa duplex, vel cuius arcendæ cauſſa, quia noſtrum prædium onerat; vel cuius habendæ gratia, quia prodeſt prædio, ſervitus eſt conſtituta. Ut in ſtillicidio, ſtillicidii cauſſa eſt aqua pluvia, quæ naturalis & perpetua cauſſa eſt, in *d. L. foramen*, *de ſer. urb. præd.* quia ſervitus ſtillicidii propter hanc aquam comparata eſt, quo ſcilicet eam ab ædibus noſtris avertamus. In aquæductu, huius ſervitutis cauſſa eſt hæc ipſa aqua, quæ ducitur, *d. L. foramen*. *L.* 1. *§. hoc interdictum*, *D. de fonte*. nempe quia huius in noſtro habendæ cauſſa ſervitus paratur.

[1]) Quum omnes ſervitutes requirere etiam, & recte, volunt Io. Superior *ad. L.* 14. (ipſi 12.) *pr. h. t.* Coraſ. *ibid. n.* 3. *&* 4. (ubi Longovall. *ad L.* 3. *de iuriſd.* omnes ſervitutes eſſe continuas ratione cauſſæ, & diſcontinuas ratione poſſeſſionis contendentis opinionem refert, a quo ex parte recedit *n.* 5.) Duar. *ad d. L.* 28. *V. P.* Cuiac. 11. *Obſ.* 3. Diff. vulgo DD. ref. Coraſ. *d. lo. n.* 1. quos ſequitur Cæpolla *de Serv. urb. C.* 19. *n.* 2. *&* 3. tradentes ſervitutes alias habere cauſſam continuam ſive perpetuam, quæ ſemper in uſu eſt actu & potentia; ut aquæductus, ius altius non tollendi; alias quaſi continuam, quæ ſemper potentia adeſt, licet non ſemper actu: ut Servitus ſtillicidii. Nam nec hic requiri factum hominis ad uſum, licet, uti & in priori ſpecie, requiratur ad conſtitutionem, & apta eſt ſemper uſum recipere ex operatione naturæ, ſine opera hominis; alias diſcontinuam, quæ nec potentia ſemper in uſu, ſed requirit intermiſſionem, ob neceſſarium in ea factum hominis. Ut iter, actus, &c. Sed male confundunt cauſſam cum poſſeſſione, vid. *infra C.* 11. Hot. 4. *Obſ.* 2. alias habere continuam poſſeſſionem quæ in ſuperficie ſunt, alias intermiſſionem, quæ in ſolo conſiſtunt.

IV. Has cauſſas & ſimiles vult Paulus eſſe perpetuas in *d. L. foramen*. Ac perpetuam illic definit, quæcumque res eſt, quæ ex naturali cauſſa oritur; non ſolum si ſit aſſidua & perennis, qualis eſt in aquæductu aqua fontis; quam vivam & perennem, eoque & maxime perpetuam eſſe conſtat: *d. L. 1. §. hoc interdictum, D. de fonte*. Sed etsi non aſſidue oriatur; qualis eſt in ſtillicidio aqua pluvia. Quia quod ex cœlo cadit, inquit, etsi non aſſidue fit, ex naturali tamen cauſſa fit: & ideo perpetuo fieri exiſtimatur. Recte. Spectamus enim hic non quid fiat, ſed [a] quid fieri poſſit natura. Semper autem & aſſidue pluere poteſt Deus, sive id facit, sive non facit. Cæterum quod non fit aſſidue, si manu fit, negat eſſe cauſſam perpetuam. Qualis eſt ea aqua, quæ ad pavimentum proluendum quotidie iniicitur.

V. Sed tamen & quod naſcitur ex facto noſtro, interdum perpetua cauſſa habetur, si eius habendi cauſſa prædium, aut pars prædii, in qua id habetur, parata eſt. Ut enim prædium eſt, ita & eam rem haberi oportet, ad quam prædium deſtinatur. Prædium autem perpetuum. Huiuſmodi res eſt in camino aut fornace ignis; ex eo igne fumus. Ex quo fumi inde emittendi cauſſa ſervitutem nobis conſtitui placet, quanvis conſtet ignem in iſtas res manu inferri. *L. ſicut, §. Ariſto, D. ſi ſer. vind.* Nempe hic ſpectamus id, propter quod prædium habetur. Caminus autem & Fornax habentur ad hunc ipſum uſum, ut aut ignem perpetuum habeant, aut ſemper parata sint ad habendum.

VI. Quod ſi id quod occaſionem ſervituti quærendæ præbet, neque ex naturali cauſſa eſt, neque huiuſmodi, ut cum manu fiat, prædium propter id ſit paratum: non eſt hæc cauſſa perpetua ſervitutis prædii, quamobrem nec ex ea cauſſa ſervitus prædii conſtitui poteſt. Exempla ſunt duo apud Paulum in *d. L. foramen, de ſer. urban. præd.* foramen in pariete pavimenti proluendi cauſſa, & aquæductus aliunde quam ex fonte, aut ſcatueriente aqua. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod eſſet pavimenti proluendi cauſſa, ait placuiſſe neque flumen eſſe, id eſt, ſervitutem fluminis, neque tempore acquiri, ſi in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat. At quamobrem? an quod ſervitus quæ continuam poſſeſſionem non habeat, uſucapi non poteſt, ut vulgo acceperunt? Immo, inquit, quia perpetuam cauſſam non habet, quod manu fit. Omnes autem ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debent. Quo aperte ſignificat hanc prædii ſervitutem eſſe non poſſe. Quod & prius expreſſerat, cum flumen eſſe negavit, ut appareat, quanvis vicinus ultro mihi ceſſerit ius eius foraminis habendi, & aquæ, quæ manu iniecta ſit, per id foramen emittendæ cauſſa: tamen eius rei ſervitutem prædii eſſe non poſſe. Poterit quidem eſſe ſervitus perſonæ. Semper enim tenendum eſt, quidquid dominus in re ſua a nobis cogitur, pati, ſervitutem eſſe. *L. quoties, 1. in fin. D. de ſervit.* Itaque ſi non eſt prædii, erit perſonæ ex diviſione. *L. 1. de ſervit.* Sed non erit hæc ſervitus prædii, quæ perpetuam cauſſam non habet.

VII. Idem accidit in aquæductu, ut ſi quidem aqua nobis ducitur ex fonte aut ex flumine publico, recte conſtituatur aquæductus; quia aquam vivam & perpetuam habeat, eoque & perpetuam cauſſam ſervitutis. Sin ducatur ex ciſterna, ex ſtagno, ex lacu, ex piſcina, quæ vivam aquam non habeant, conſtitui aquæductus non poſſit, quia non habeat perpetuam cauſſam. *d. L. foramen, de ſer. urb. præd d. L. 1. §. hoc interdictum, de fonte.* Aquæductum accipiemus, qui ſit ſervitus prædii, ut numeratur in uſu iuris inter ſervitutes ruſticorum prædiorum. Nam ut ſit perſonæ ſervitus, nihil prohibet ex locis ſuperioribus ſervitutem nobis conſtitui in alieno aquæducendæ, ubi dominus in ſuo hunc aquæductum cogatur pati, ut ante dixi. *L. quoties, in fin. D. de ſervit.* Ita illud relictum in aquæductu, ut nunquam aquæductus ſervitus prædii poſſit conſtitui, niſi ex his locis, quæ aquam vivam & perpetuam haberent, ut ex fonte, aut ex flumine.

VIII. Atque hinc primum nata vetus dubitatio de aqua ex caſtello ducenda, item de aqua per rotam tollenda vel haurienda ex flumine publico. Ac proceſſit eouſque dubitatio, ut nonnulli veterum exiſtimarint non poſſe harum rerum ſervitutem conſtitui. Quod & primo valuit. Sic ergo fuit eorum ſententia, aquæductum ex capite tantum conſtitui poſſe, ex caſtello non poſſe. *L. ſervitus, 9. D. de ſervit. ruſtic. præd. L. 2. D. com. præd.*

a) Cuiac. 11. *Obſerv.* 3. Cauſſa perpetua, inquit, non eſt continua aſſidua, ſed naturalis. Quod enim naturaliter fit, videtur perpetuum, etſi non fiat aſſidue, Ariſtot. *Li. C. poſter. anal. C.* 7. propterea quod natura cauſſa certa & perpetua eſt. Eorum vero quæ manu noſtra fiunt lex nec certa nec perpetua, vid. & Parlador. 2. *Rer. quotid.* 1. §. 8. *n.* 13. & *ſeq.*

præd. utriuſque partis hæc ratio. Eſt enim caput aquæ illud, unde aqua naſcitur, ut in fonte fons ipſe. *L.* 1. *§. caput, D. de aq. quot.* Quo in loco fontis ſcaturigo eſt perennis. Ut nemo dubitet, quin inde recte conſtituatur ſervitus. [3] Caſtellum autem eſt receptaculum, quod aquam publicam ſuſcipit. *d. L.* 1. *§. ait prætor*, antep. in fin. *de aq. quot.* Hoc autem ſi per ſe ſpectetur, non magis aquam vivam habet, quam ciſterna, aut piſcina. Unde ambigendi cauſſa. Sed tandem obtinuit & ex caſtello, & ex eo receptaculo, in quod aqua ex flumine per rotam ſublata eſſet, aquæductum conſtitui poſſe: ut ſi minus valeret ſervitus ipſo iure, at certe conſiſteret tuitione prætoris. *d. L. ſervitus*, 9. *de ſer. ruſt. præd. d. L.* 2. *D. com. præd.* Merito. Non enim hic ſpectare oportet caſtellum, quod ſane aquam [4] non gignit, nedum perpetuam: ſed ipſam aquam, quæ inde ducitur. Hæc autem perpetua eſt: quia ex fonte, qui eſt perpetuus. Sic & in ea aqua, quæ ex flumine tollatur coniiciaturque in rivulos, aut alia receptacula, unde & poſtea conſtituatur aquæductus, recte viſum eſt originem aquæ ſpectari debere, non ipſam aquam, quæ educta eſt ex flumine. Quocumque enim modo educatur primum e flumine, ſemper verum eſt a flumine eam duci, dum ſine interruptione aqua ſublata aut hauſta in rivos aquæductus demittatur. Unde & ſervitutes a prætore tuendas eſſe placuit, etſi quis forte ſubtilitate iuris putaret eas non valere. Hæc ſententia. *d. L.* 2. *D. com. præd.*

IX. Sed ius de cauſſis ſervitutum prædiorum, quas exigimus, dubium faciunt ſpecies tres, quas convenit eſſe prædiorum ſervitutes, non tamen videntur habere eas cauſſas perpetuas, quas diximus: ius cloacæ in alienum immittendæ; ius fumi immittendi; ius per lacum privatum navigandi. Ius cloacæ immittendæ ſervitutem prædii eſſe conſtat. *L. ius cloacæ, de ſer.* Et tamen hæc ipſa cloaca habet id, quod iniicitur manu, nempe omnem aquam, quæ domus mundandæ & proluendæ cauſſa immittitur. Auctore autem Paulo non habet perpetuam cauſſam, quod manu fit. *d. L. foramen, de ſer. urb. præd.* Aut quæro, cur hæc ſit ſervitus potius, quam foramen. Quod habetur pavimenti proluendi cauſſa, quod Paulus ſuperiore ratione fretus negat eſſe ſervitutem? Nempe hæc ideo, quod & cloaca perpetuam cauſſam habet: foramen iſtud non habet. Non enim cloacam accipimus foramen quodvis, quod in pariete culinæ, aut alio loco habeatur ad eiiciendas eas ſordes, quæ ſint in eo loco, in quem nihil ex cœlo aquæ veniat; ſed hoc verbo accipere debemus omnem locum cavum, qui aquam de cœlo cadentem fluentemque admittat, quæ una ſecum ſordes domus & colluvies auferat. Quamquam enim cloaca ita definitur ſimpliciter ab Ulpiano, locus cavus, per quem colluvies aliqua fluat: *L.* 1. *§. cloaca, D. de cloac.* tamen hoc ipſum idem valet. Neque enim aut colluvies ſit, quæ a colluendo, ideſt, lavando, dicta eſt, aut colluvies fluat, niſi & ſordes aqua ſint collectæ, quæ & una cum aqua deferantur. Quinimmo ipſa cloaca dicta eſt a colluendo, quaſi colluaca: ut ſit cloaca, non in qua homines aqua immiſſa aliquid fluxum faciant: ſed quæ ipſa ſua ſponte colluat, aqua pluvia, aut alia perpetua in eum locum decurrente. Et ut cloaca alia quoque loca ſignificet: tamen ut ſit ſervitus cloacæ immittendæ, ad eam tantum pertinere exiſtimandum eſt, quæ aquam de cœlo cadentem admittat.

X. Fumi quoque immittendi ſervitutem eſſe placet. *L. ſicut, §. Ariſto, D. ſi ſer. vind.* Et tamen ut aqua iniicitur manu in pavimentum; ſic infertur ignis in caminum aut fornacem: unde & fumus. Iam reſpondi & hic perpetuam cauſſam ſervitutis videri. Hic enim ſpectari non tam ignem, quam ædificium, aut ædificii partem, quæ ad ignem hunc habendum parata ſit. Hanc autem partem eſſe perpetuam, & ad eum ignem accipiendum paratam perpetuo.

XI. Quod ad ius per [5] lacum privatum navigandi attinet, hanc quoque ſervitutem, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi poſſe, traditur in *L. via, §.* 1. *D. de ſervit. ruſt. præd.* Atqui lacus aquam non eſſe cauſſam ſervituti perpetuam diximus. Inde enim eſt, quod placet ex lacu aquæductum non poſſe conſtitui. Cuius ſententiæ non alia ratio redditur, quam quod lacus, qui vivam aquam non habet, nec habeat perpetuam cauſſam. *d. L. foramen. de ſer. urb. præd. d. L.* 1. *§. hoc interdictum, de fonte.* Sed non ſi dicimus lacum in aquæductu perpetuam cauſſam ſervitutis non habere, ideo

3) Quo aqua per rotam hauſta infunditur, Hotom. 1. *Amic.* 16. Sic dictum propter locum circundatum ad modum caſtelli, ubi congregatur & unde ducitur aqua, Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 49. *n.* 2.

4) Vid. Cuiac. 3. *Ob.* 28. Hotom. 1. *Amic.* 15. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 9.

5) Vid. Gœd. *ad L.* 112. *de V. S. n.* 3. *&* 4.

ideo eum ad alias ſervitutes recipiendas perpetuam cauſſam habere negamus. Quin ita ſe res habet, ut pro natura ſervitutis in lacu conſtitutæ, alias cauſſam perpetuam habeat, alias non habeat. Quod in his duabus ſervitutibus contingit; navigandi iure, & aquæductu, ut bene Accurſius ſenſit in *d.* §. 1. *L. via, de ſer. ruſt. præd.* Ad navigandum lacus aquam & cauſſam perpetuam habet: quia non eſt periculum, ne exhauriatur, aut minuatur navigando lacus: cum navigatio de aqua nihil detrahat. At idem ad aquæductum & aquæ hauſtum aquam & cauſſam perpetuam non habet; quia hic contra evenit, ut aquæductu, & longo ac diuturno aquæ hauſtu lacus imminui, & tandem exſiccari poſſit.

XII. Congruit igitur per omnia veterum definitio, omnes ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debere: ut ſit ſententia, præter prædia debere habere perpetuam eam rem omnem, eius cauſſa ſervitus parata eſt: ſive eius rei arcendæ a noſtro, ſive eius in noſtro habendæ cauſſa ſervitus conſtituta erit. Quod aperte eo pertinet, ſicut & priora duo, ut ſervitus haberi poſſit in perpetuo uſu prædii: atque ita tribus iſtis coniunctis fiat maxime ſervitus rei propria, cum erit velut in eius rei & prædii poteſtate.

XIII. Notandum tamen hic nos uſum perpetuum exigere, non qui ſit perpetuus re ipſa, ſed qui eſſe poſſit: nec qui eſſe poſſit quovis modo, etiam ex conventione, ſed qui talis eſſe poſſit rerum, quæ ſervituti cauſſam præbent, natura. Ut puta, aquæductus recte ita conſtituitur, ut mihi liceat tantum æſtate aquam ducere, vel liceat tantum certo menſe: noctu tantum, vel interdiu. *L. ſi ſic conſtituta, D. quem. ſervit. amit. L.* 2. *D. de aq. quot. & æſt.* In quo apparet conventione hoc effici, ne perpetuo ſervitute uti poſſim. Sed nihil ad rem pertinet conventio, dum ſervitus conditione ſua ſit eiuſmodi, ut ſecundum naturam rerum, a quibus eſt ſervitus, poſſit eſſe in perpetuo uſu. Unde & perpetuas cauſſas ſervitutis, non perpetuum uſum a veteribus exigi legimus.

XIV. Sunt ergo hæ cauſſæ tres ſervitutis prædii propriæ; eædem certis ſententiis veterum & iuris civilis conſtitutæ, ut de his dubitare non liceat. Ex quibus intelligimus, quod initio dixi, ſi quid hinc deſit, ut maxime ſit ſervitus conſtituta; tamen prædii ſervitutem non eſſe. Omnibus autem concurrentibus, tum vere ſervitutem prædii effici, quæ quidem animo concipi poſſit, & ſi forte nondum habeatur. Ut tamen habeatur, etiam hoc reſtat, ut ſit conſtituta & quæſita. Sed adhuc quid ſit, & quæ ſit ſervitus prædii, quærimus. Hac inventa, tum demum poſtea, quomodo conſtituatur, dicendum eſt. De quo in iure eius habendæ & acquirendæ dicetur. Hæ cauſſæ cum ſint ſuperiore definitione comprehenſæ, iam poteſt intelligi, & quibus ex principiis ducta ſit, & quam vera ac recta definitio.

CAP.

C A P. IV.

De ſervitutibus urbanorum prædiorum. Quid referat eas diſtingui a ſervitutibus prædiorum ruſticorum. Urbana prædia, quæ. Quæ ſervitutes dicantur eſſe horum prædiorum. Harum ſervitutum pro utilitate varia, quæ in his quæritur, genera ſumma eſſe tria. Aut enim parari ædium noſtrarum dilatandarum cauſſa; aut utilitatum interiorum domus retinendarum; aut ædium in alienum exonerandarum gratia. Ac de primo genere: cuius hæ ſunt ſpecies quatuor; ius Tigni immittendi, Proiiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Et quid horum unumquodque.

Tranſitio, & diviſio. I.
Quotuplex diviſionis uſus. II.
Prædia urbana quæ ſint; quæ & ruſtica. Et quomodo utraque exponit Neratius. III.
Quid ſint urbanorum prædiorum ſervitutes. IV.
Tria earum genera, ut triplex finis, ſeu utilitas ex qua diſcernendæ; & quæ ſint illa genera. V.
Prioris generis ſeu dilatandarum ædium cauſſa comparatæ ſervitutes quid. Quatuor earum ſpecies. VI.
Ius tigni immittendi, *quale ſit.* Tigni *ſignificatio quæ*; immittere *quid.* VII.
Item proiiciendi. *Quale hoc. Eius exempla.* VIII.
Item protegendi: *quid iſtud; & quæ huius a ſuperiore differentia.* IX.
Item Ius oneris ferendi. *Quatenus conveniat, aut differat a iure tigni immittendi; qui illius effectus, & quæ iſto nomine actio.* X.
Ius oneris ferendi quid præcipuum habeat præter morem cæterarum ſervitutum. XI.
Quare ſuperiores ſpecies & prædiorum iura, & ſervitutes appellentur. XII.

I. ETſi autem ita eſt definitio ſervitutis prædiorum, ut dixi: nondum tamen inde ſatis liquido conſtitui poteſt, unaquaque ſpecie ſervitutis propoſita, ſitne ſervitus prædii, necne. Id certius efficiet ſervitutum huius generis diviſio: quæ nos tanquam in res ipſas præſentes deducere poterit. Quamquam & alias utilitates hæc diviſio habet, quas mox ſubiiciam. Quare quod reſtat ad certitudinem huius partis, genera ipſa ac ſingulorum ſpecies cognoſcendæ ſunt. Genera ſunt duo, tractata diverſis titulis in Pandectis. Quædam ſunt urbanorum prædiorum ſervitutes, quædam ruſticorum, ac ſingulorum generum ſuæ ſpecies.

II. Diviſio tres ad res utilis, vel potius neceſſaria. In quibus illud primum, quod ſupra poſui, ut certo norimus, quæ ſint, & quot ſint ſervitutes prædiorum. Etſi enim, ut cœpi dicere, definitione ſervitutis cognita, & adiunctis iis, quæ ſunt propria ſervitutis prædiorum, iudicari poteſt, quæ ſit ſervitus huius generis: multa tamen adhuc & magna incertitudo hic relinquitur. Nam definitio ut generalis, obſcurior eſſe ſolet ſine exemplis. Ut autem exemplis tantum utamur, etſi multis: ſemper tamen multæ ſunt ſpecies, de quibus dubitetur, an ſint huius generis, & an recte ad eas accommodari poſſit definitio ſuperior. Diviſione autem propoſita, primum ſingulæ ſpecies velut cominus & certo tanquam inſpiciendæ proponentur, ut iam non poſſit dubitari, quin hæ, quæ deſignantur, ſint prædii ſervitutes. Et præterea certum fit præter eas nullas alias requirendas eſſe, niſi ſimiles. Deinde ſingulis propoſitis, agnoſcitur uniuſcuiuſque [1] uſus atque utilitas. Qua cognitione hoc aſſequemur, ut vel ſtudeamus eaſdem ſervitutes & commoditates prædiis noſtris comparare; vel ſi quando comparatas iam habebimus, ſciamus

[1]) Qui diverſus, in urbanis continuus, in ruſticis fere interruptus. Ruſticæ omnes conſiſtunt in patiendo; Urbanæ etiam in non faciendo; ait Vult. *ad pr. I. h. t. n. 19.*

mus quid ſit in his, ac quomodo pro natura ſervitutum conſerventur & retineantur. Poſtremo neceſſaria eſt cognitio horum generum ad explicationem eius iuris, quod conſtitutum eſt de his tempore amittendis. Aliter enim prædiorum urbanorum ſervitutes non utendo amittuntur, aliter ruſticorum. *L. hæc autem. D. de ſervit. urb. præd.*

III. Sed prima utilitas diviſionis hæc, ut certum fiat, quæ ſint omnino ſervitutes prædii, quod ad notionem huius generis etiam nunc quærimus. Redeo igitur ad diviſionem. Prædia urbana in uſu iuris ſic accipiuntur, ut Intelligantur [2] ædificia omnia, non ſolum quæ ſunt in urbe, ſed etiam quæ ſunt ruri, etiam ſi non in vico, ſed [3] in villa ædificata ſint. *L. urbana prædia, D. de verbor. ſignificat. §. prædiorum, Inſtitut. de ſervit.* Ex quo per contrarium licet intelligere, ruſtica prædia dici loca omnia ædificiis vacua. Cuiuſmodi ſunt in urbe area, ruri ager. *L. fundi, D. de verb. ſignific.* Aliter Neratius ruſtica prædia uſurpat in *L. 2. D. de ſervit. ruſtic.* qui quæ ſunt ædificiorum ſervitutes, eas ruſticorum prædiorum vocat, si ædificia ſint ruri; ut altius tollendi & officiendi prætorio vicini; cloacæ babendæ per vicini domum; protegendi. Sed nihil hic contrarium priori ſententiæ. Aliud eſt enim, si quis ſuo arbitratu loqui vult, & verba hæc uſurpare: aliud, si quæritur, quomodo hæc accipiantur in uſu iuris, & earum legum, quæ his verbis utuntur. Si quis ex ſuo arbitrio loqui vult, conſtat ei ratio, ſi ædes ruri poſitas vocet ruſticas, eoque & prædia ruſtica. Sunt enim vere prædia; & quia ruri ſunt, non male vocentur ruſtica. Quidni? Nam & ædificia, quæ ſunt ruri, recte ædificia ruſtica nominantur. *d. L. fundi. de verb. ſignificat.* Licuerit ergo Neratio ex hoc ſenſu & prædia ruſtica nominare, etsi ſint ædificia. At ſi interpretari volemus in iure, cum appellantur iſta in lege, quæ hic accipienda ſint ex ſententia legis prædia urbana, quæ ruſtica: redibimus ad ſuperiorem ſignificationem, eamque tenebimus, ut iuri de his conſtituto ſolam convenientem. Idque maxime intelligitur in ſervitutibus urbanorum, & ruſticorum prædiorum, cum de earum libertatis uſucapione ius conſtituitur; ubi eius iuris ratio plane ad ædificium, & id ſolum pertinet, ut cognoſcere eſt ex *L. hæc autem. D. de ſervit. urban. præd.* De quo ſcripſi plura in libro de pignoribus in ea parte, in qua de invectis & illatis in prædia urbana agitur. *Cap. 4.*

IV. Urbanorum ergo prædiorum ſervitutes ſunt, quæ ædificiis inhærent, ut eſt in *§. prædiorum, Inſt. de ſervit.* Ædificiis ſic accipe, non quæ debent ſervitutem, ſed quibus debetur, & quorum gratia ſervitus conſtituta eſt. Illud enim generaliter tenendum eſt, quod diximus in diviſione ſervitutis, in omni ſervitute & perſonæ, & prædii, cum alicuius eſſe dicitur,

2) *L. 1. Comm. præd.* Quod tamen Cæpolla *de Ser. urb C. 11. n. 2.* accipit de ædificiis, quæ habitandi cauſſa parantur, non quæ fructuum percipiendorum gratia, Vult. *in pr. I. h. t. n. 14. & ſeq. & I. iuriſpr. 63. n. 45.* Prædia ICti non ea loco, ſed uſu æſtimant. Urbana igitur quæ uſus urbani, ideſt habitandi cauſſa extructa, ruſtica quæ uſui ruſtico, colligendis, aſſervandiſque fructibus. Hot. *in §. 1. I. h. t.* ſtatuit ædificia uſum ruſticum præbentia, ruſtica eſſe prædia, ubicunque ſint, etſi in urbe, & ideo recte dici, quod ſtabula ſine dubio non ſint urbana *d. L. 4. §. 1 In quib. cauſ. pign.* Servitutum aliam eſſe rationem. Urbanas eſſe ſervitutes quæ quibuſcunque ædificiis, quemcunque uſum præbentibus debentur. Ac vel abnormem eſſe Neratii opinionem, vel librarii peccatum *in L. 2. R. P.* Quem notat Alb. Gent. *4. Lect. & Ep. 4.* volens alia atque alia ratione ſervitutem alio atque alio nomine cenſeri. Ex loco qui ſervitutem debet ruſticam vocari poſſe, quæ eadem ex loco, cui debetur, urbana ſit. Itemque ex ſe ipſa poſſe ſervitutem eſſe urbanam vel ruſticam. Ex. gr. Iter mihi per tuas ædes in meum agrum conſtitutum. Hæc ſervitus ratione ſervientis prædii urbana *L. 14. comm. præd.* ratione dominantis ruſtica, itemque ruſtica ex ſe. Contra accidit converſo hoc exemplo. Aquæductus per domum ratione domus urbana ſervitus *L. 11. §. 1. de Publ. in rem* ex ſe ruſtica. Quare in *L. 2. R. P.* ruſticæ dicuntur illic relitæ ſervitutes non ex loco ſerviente, ſed cui ſervitur. Ita Gentilis. Sed immo in ſervitutibus habetur ratio eius cui debetur, indeque nomen ſortiuntur *ſupra C. 1. initio, & Li. 9. C. ult. N. 3.* Et ruſticæ ſervitutes poſſunt interdum fieri urbanæ, ut ſi mihi liceat per ædes tuas ad meas ire. *d. L. 14. L. 20. §. 1. V. P.* Si aquæ ductu per tuam domum in meam tranſducere, *d. L. 11. §. 9.* Omne enim id æſtimandum ex prædio cui debetur. Hot. 8. *Obſ.* 12. Vult. *in pr. I. h. t. n. 18.* qui tamen contra Hotomannum non contra urbanas poſſe fieri ruſticas. Sane in exemplis *d. L. 2.* evidens eſt utrinque eſſe ædificia, & quæ debent ſervitutem & quibus debetur. Nec igitur vel admiſſa illa Gentilis opinio difficultatem expedit.

3) Sed Gœd. *ad d. L. 198. n. 1. & 2.* verba *ſed materia*, non interpretatur de materia ex qua, ſed de qualitate, ſeu fine & uſu, ut explicat *L. 16. C. de præd. min. non al.* Quæ igitur urbanum uſum præbent inhabitandi, recreandi, mercaturæ, &c. urbana, quæ ruſtico uſui deſtinata ædificia, fructuum collectioni, agrorum culturæ, pecoris receptioni, ruſtica, in quo conſ. Cæpolla & Vult. ut *Not. prac.* Bro. 1. *Aſſ. 95. &* Arumæ. *ex inſt. 5. Th. 3* Scite M Lycl. *Li. 2. Membr. Feleg.* 8. materiam exponit in *d. L. 198.* non ex qua ædificium compactum, quaſi alia ligna & lapides ſint extruendis ruſticis prædiis neceſſarii, ſed materia, inquit, ſignificat res quas continet prædium. Quæ ſi tales ut urbano more morentur & habitent, ut homines, urbana opera & opificia, merces, urbanum prædium; ruſticum vero ſi res, quibus continendis paratum, promovendis rebus ruſticis inſerviant; Ut ſervi aratores, fruges, earumque collectores, inſtrumenta rei ruſticæ. Omnia igitur urbana prædia ſunt ædificia, ſive in urbe ſint, ſive in agro. Non contra omnia omnino ædificia ſunt prædia urbana (ut vult noſter.) Neque id probat *d. L. 1. comm. præd.* aut ea Ulpiani mens, quod omnia & ſola prædia urbana vocentur ædificia, ſed hæc, quæ ædificia vocarentur urbana prædia, ob qualitatem ſcilicet ſuam ac res quas recipiunt, ea talia quoque eſſe etſi in villa ſint. Quo facit verbum *poſſunt*, in *d. L. 1.* Poſſunt conſtitui ſervitutes, urbanæ ſcilicet, ſi ædificia quæ in villa, habeant uſum urbanum. Alias erunt ſervitutes ruſticæ *d. L. 2. R. P.* Ita Lyclama. Quæ valde placent.

citur, ſemper appellationem ex re eſſe, cui debetur ſervitus, non quæ debet ſervitutem. Unde perſonæ ſervitus, quæ debetur perſonæ; & prædii, quæ debetur prædio. *L. ſi quis unas*, 32. *D. de uſufr. L. unus*, *D. de ſer. urb. præd.*

V. Servitutes huius generis numero complures, nec minus re diſtinctæ inter ſe, ſed quibus ad ſuas cauſſas revocatis, nihil negotii erit & genera earum certa, & in his ſingularum rationem atque uſum, atque etiam numerum certum animadvertere. Servitutis cauſſa eſt utilitas, quæ ex ſervitute quæritur. Ut ergo utilitas has ſervitutes peperit; ita & diſtinguit. Utilitas autem, cuius cauſſa parantur hæ ſervitutes, genere triplex eſt. Ex quo ſervitutum urbanorum prædiorum genera tria, & ſingulorum ſpecies ad rationem generis accommodatæ. Quædam ſunt comparatæ dilatandarum ædium noſtrarum cauſſa ita, ut dilatatio provehatur in alienum. Quædam commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel retinendarum cauſſa adverſus vicinum, qui ſine ſervitute eas commoditates in ſuo impedire potuerit. Quædam ædium noſtrarum exonerandarum cauſſa ita, ut onera reiiciantur in alienum.

VI. Dilatandarum ædium cauſſa comparatæ ſunt, quibus id agitur, ut tignum ex pariete noſtro emittatur ſupra alienum ſolum, aut locum; ut deinde emiſſo aliquid imponamus, ut ædificium, pergulam, deambulacrum, aut ex eo aliquid ſuſpendamus. Huius generis ſpecies ſunt quatuor, ius Tigni immittendi, Proiiciendi, Protegendi, Oneris ferendi. Ex quibus tres priores commemorantur in *L.* 1. & 2. *D. de ſervitut. urbanor. præd.* quarta in *L. etſi*, *§. etiam*, *D. ſi ſervit. vindic.*

VII. Tigni immittendi ius eſt, quo id agitur, ut ex pariete noſtro liceat nobis tignum immittere in parietem vicini. *§. prædiorum*, *Inſtitut. de ſervit.* Recte ex noſtro pariete in alienum, ſeu ex noſtro ædificio in aliud. Nam ut liceat mihi ſupra parietem, aut ædificium vicini aliquid poſitum habere, quod meum maneat, neque a meo proficiſcatur, fruſtra cavetur, nec ſervitus eius rei cauſſa conſtitui poteſt. *L. hoc quod*, *D. de ſervit. urbanor. prædior.* Ut enim ſignificatur in dicta *L. hoc quod*, fruſtra tignum immiſſum habemus, si id noſtrum non eſt, ut eo uti poſſimus ad aliquid ei imponendum, & ædes noſtras hoc modo dilatandas. At ſupra id quod alieno parieti impoſitum eſt, ædificium ſuperius habere non poſſumus: quia quidquid ſupra alienum parietem ædificatur, parieti ac ſolo cedit, & proprium fit vicini, cuius eſt paries. *L. ſi ſupra*, *D. de acquir. rer. dom. L.* 2. *C. de rei vindic.* Tignum eſt materia omnis, ex qua ædificia fiunt, ſive ſit lignum, ſive [4] lapides. *L. tigni*, *D. de verbor. ſignificat. §. cum in ſuo*, *Inſtitution. de ſervit.* Nec quiſquam hanc ſignificationem in lapidibus huic ſervituti non convenire exiſtimet. Res enim docet non minus lapides longos e pariete noſtro in vicinum parietem traiici poſſe, quam ligna & trabes. Sed & concamerationes ab uno pariete in alium quotidie fiunt, in quibus nihil ligno aut trabibus opus eſt. Immittere eſt, tignum e pariete noſtro ita emittere in alienum parietem aut locum, ut ibi requieſcat, *L. malum*, *§.* 1. *D. de verb. ſignificat.*

VIII. Proiiciendi ius, ſimiliter proiiciendi alicuius tigni ius intelligitur; ut ſit id, quo licet nobis ex noſtro aliquid proiicere in ædes vicini. *§. æque*, *Inſt. de ſervit.* Eſt autem proiicere tignum, emittere quidem e noſtro pariete itidem ut illud, quod immittitur; ſed ita emittere, ut provehatur tantum ſupra alienum, nuſquam in alieno [5] requieſcat, ſed tantum in pariete noſtro, unde exiit. Qualia ſunt mœniana & ſuggrundæ. *L. malum*, *§.* 1. *de verbor. ſignificat.*

IX. Protegendi ius eſt, ius protectum ſupra alienum ſolum habendi. *L.* 2. *D. de ſer. ruſt. præd.* Et ſemper a proiecto diſtinguitur in *d. L.* 1. *L.* 2. *de ſervit. urbanor. prædior.* Merito: Hoc enim inter proiectum & protectum intereſt, quod inter genus & ſpeciem. Nam proiectum eſt, quod emittitur extra parietem noſtrum, ut nuſquam alibi conquieſcat, ſive tegendi parietis cauſſa fiat, ſive ædificii alicuius ſupra id proiectum imponendi. Ut plurimum autem quod imponendi ædificii cauſſa ſubſtruitur, ut mœniana & ſuggrundæ. *d. L. malum*, *§.* 1. *de verbor. ſignificat.* Protectum autem proiecti ſpecies, cum tigna

gna

4) Diſſ. poſt Zaſ. *in Par. V. P. n.* 15. Gœdd. *ad d. L.* 64. *n.* 3. putans in ſervitute hac tignum pro trabibus accipi per *L.* 8. *§.* 1. *Si ſer. vind. L. ult. §.* 2. *Quod vi aut clam.* Quæ quomodo hoc probent non video. Vid. de hac ſervitute Cæpolla *de Serv. urb. C.* 30. Coraſ. 3. *Miſc. ult.*

5) Ut non ſuſtineatur in alieno, ſed quaſi ſuſpenſum ædificio meo cohæreat. Gœdd. *ad d. L.* 24. *§.* 1. *n.* 1. Sic *in L.* 17. *pr. ſi ſerv. vin.* venter ille parietis dicitur proiectus, qui ita in alienum procumbit, ut in eo tamen nullibi confidat. Male autem DD. & Cæpolla *de Serv. urb. C.* 32. hanc ſervitutem intelligunt quando ius eſt ex ædibus meis in alienas vel aream vicini aquam, fimum vel urinam abiicere, quos reprehendit Coraſ. 3. *Miſc. ult. n.* 8. *&* 9.

gna emittuntur e noſtro in alienum, ſed tegendi tantum cauſſa, ut compoſitio verbi ſatis indicat. Quomodo protectum a ſuggrunda diſtinguitur in edicto de his, qui deiecerunt vel effuderunt. *L. 5. §. prætor ait, ne. D. de his qui deiec. vel effuder.* Eſt igitur protegere, aut tectum ædium noſtrarum extra parietem noſtrum educere ita, ut provehatur in alienum: aut parieti noſtro ita efficere tabulatum & tegumentum protuberans, ut ſimiliter in alienum protendatur. Protecto utimur vel ad prohibendum nimium ſolem a luminibus noſtris, vel ad arcendas iniurias imbrium & tempeſtatum a parietibus, ne corrumpantur. Ex quo intelligitur, quam recte ſentiant, qui proiiciendi & protegendi ſervitutem irriſis cæteris contra ſentientibus [6] unam & eamdem eſſe putant.

X. Oneris [7] ferendi ſervitus cum ſervitute tigni immittendi hoc prius commune habet, quod in hac quoque id agitur, ut nobis ius ſit ex pariete noſtro tignum immittere in parietem vicini, cuius immiſſi onus vicinus ſuſtineat, unde & ferendi nomen. *§. prædiorum, Inſt. de ſer. d. L. etſi, §. etiam D. de ſervit. vindic.* Hoc diſtat, quod in hac ſervitute hoc amplius id agitur, ut paries vicini oneri ferendo perpetuo habeatur. Quo continetur, ut & vicinus ita eum habere, eoque etſi paries corruerit, aut ruinam minetur, reſtituere eum & reficere debeat ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſt. Quo nomine & cum eo confeſſoria actione de ſervitute, ut reficiat, agi poſſe placet. *d. L. etſi, §. etiam, ſi ſer. vind. L. eum debere, D. de ſer. urb. præd.*

XI. In quo obſervandum eſt, poſteriorem hanc partem, ut vicinus cogatur parietem ſuum, qui ſit oneri ferendo, receptam eſſe adverſus naturam ſervitutum; quæ non ea eſt, ut quid in ſuo faciat quis, ſed ut patiatur, aut non faciat aliquid. *L. quoties, 1. in fi. de ſervit.* Qua ratione & Gallo videbatur non poſſe ita ſervitus imponi, ut vicinus parietem reficere cogeretur, ut refertur in *d. L. etſi, §. etiam, ſi ſer. vind.* Sed ibidem adiicitur prævaluiſſe Servii ſententiam in propoſita ſpecie, ut poſſit quis defendere ſibi ius eſſe, cogere adverſarium reficere parietem ad onera ſua ſuſtinenda. Recte in hac ſpecie, non alibi: quia ut dixi in definitione ſervitutis, & neceſſitas ſervitutis hanc refectionem domini poſtularet, & per conſequentiam ſervitutis impoſitæ id caveretur, non principaliter: Non eſt novum, ut quædam principaliter fieri non poſſint, quæ cum rei principali recte conſtitutæ acceſſerint, conſiſtant. Ut Romanis locus ſacer & religioſus vendi non potuit. Si tamen fundus privatus principaliter venderetur, in quo eſſet aliquid ſacri aut religioſi, placuit id emptioni maioris partis accedere. *L. in modicis, D. de contrah. empt.*

XII. Recte vero ſuperiores ſpecies dicuntur prædiorum iura, & item ſervitutes. Iura quidem nobis ſunt ſine dubitatione, quia in his nobis ius eſt aliquid faciendi commodi noſtri cauſſa. Et rurſum ſervitutes, quia ita ſunt iura, ut quod in his nobis licet, liceat non iure rei noſtræ, ſed iure ſervitutis a vicino debitæ, ſine qua hæc nobis iura non eſſent. Meminiſſe enim debemus, quod aliquoties iam diximus, non licere nobis in alienum quidquam immittere, ſive id in alieno ſolo aut ædificio requieſcat ſive ſupra alienum ſolum ſuſpenſum habeatur. Licetque vicinis nobiſcum ita agere; nobis ius non eſſe ita immiſſum quid, aut ſuſpenſum habere. *L. ſicut, §. Ariſto, D. ſi ſervit. vindicet.* Unde illud; cum ſolum alienum eſt, etiam cœlum ſupra id ſolum liberum eſſe debere. *L. 1. D. de ſervit. urbano. prædior.* Quo iure poſito, ſequitur, ut ſi quis contra ius libertatis ſuæ cogatur iſta pati in ſuo, huic ſit impoſita ſervitus. *L. quoties, 1.* in fin. *D. de ſervit.*

CAP.

6) Coraſ. 3. *Miſc. alt. n. 13.* Cæpolla *de Serv. urb. C. 32.* qui ſecernit eam quidem a Proiiciendi ſervitute, ſed inde quia illam falſo accipit de iure effundendi vel abiiciendi. Idem autem illi tribuit, quod noſter ſervitutem Proiiciendi.

7) De qua Cæpolla *de Serv. urb. C. 37.* & quid differat a ſervitute tigni immittendi *Cap. 58.*

C A P. V.

De ſecundo & tertio genere ſervitutum prædiorum urbanorum, in quibus ſunt ſervitutes, illic, quæ commoditatum interiorum domus habendarum, retinendarumve; hic, quæ ædium exonerandarum cauſſa quæruntur. Secundi generis ſpecies eſſe has quatuor: Ius Luminum, Proſpectus, Altius tollendi ædes, Onerum ab ædibus avertendorum. Tertii ſpecies has tres: ius Cloacæ immittendæ, Fumi immittendi, Stillicidia & flumina noſtra in alienum avertendi. Et quæ ſit harum ſpecierum unaquæque, quidve ea contineatur.

Servitutes urbanorum prædiorum ſecundi generis quæ. Species earum quadruplex. I.
1. *Altius non tollendi, ne luminibus officiatur. Cur hæc una, non duplex.* II.
Hæc eadem & ſervitus luminum dicitur, ſeu lumina *aut* lumen *uno verbo: & quare.* III.
Exponitur L. luminum 4. D. de ſervit. præd. urban. IV.
Accurſii interpretatio illaudata partim, partim improbata. V.
Duareni interpretatio laudatur; & modeſte refellitur. VI. VII. VIII.
Illuſtratur ſpecies. L. 40. D. de ſervit. præd. urban. IX.
Summa iuris de habendo in pariete noſtro lumine adverſus Duarenum expoſiti. X.
Concluſio. XI.
2. *Ne proſpectui noſtro officiatur. Quid hæc ſervitus vi & ſignificatione contineat; & quomodo conveniat, aut differat a ſuperiore.* XII.
3. *Altius tollendi. Paullo obſcurior ſervitus. Non una dubitandi ratio. Qualis illa ſit, explicatur diligentius.* XIII. XIV. XV.
Altius tollendi, & officiendi luminibus, vel areæ vicini una non duplex ſervitus. XVI.
4. *Stillicidii non avertendi in ædes noſtras. Et hæc aliquante difficilis ſervitus; & quomodo ab Auctore explicatur.* XVII.
Servitutes urbanorum prædiorum tertii generis quid ſint: quatenus iura, aut ſervitutes utrique prædio comparatæ ac antur. XVIII.
Triplex harum ſpecies & quæ. Quid flumen, quid ſtillicidium. XIX.

I. SEcundi generis ſervitutes prædiorum urbanorum ſunt, quæ ſunt comparatæ commoditatum interiorum domus vel habendarum, vel ſi iam habentur retinendarum cauſſa adverſus eum, qui eas alioqui impedire potuerit. Cuiuſmodi commoditates ſunt, luminum, proſpectus, ædium altius tollendarum, avertendorum onerum libertatis noſtræ retinendæ cauſſa. Hinc huius generis ſpecies item quatuor: Altius non tollendi, ne officiatur luminibus ædium noſtrarum, quæ eadem eſt, ne luminibus officiatur, & quam eamdem eſſe puto, quæ dicitur ſervitus luminum; Proſpectus, ſeu ne proſpectui noſtro officiatur, Ius altius tollendi ædes, & officiendi luminibus vicini; Stillicidii non avertendi in noſtras ædes, ſeu ne ſtillicidium vicini recipere cogamur.

II. Prima ſpecies altius non tollendi, ſeu ne quid altius tollatur; quæ commemoratur in *L.* 2. & *L. ædificia, D. de ſervitut. urbanor. prædior.* Ea eſt, quæ ita imponitur, ne liceat vicino altius ædes ſuas, vel quam aliam ſtructuram tollere, ne luminibus noſtris officiat. Sic explicatur in §. *prædiorum*, in fin. *Inſt. de ſervit.* Itaque hic non ſunt duæ ſervitutes; una, ne vicinus altius quid tollat; altera ne luminibus noſtris officiat: ſed [1] una

1) Conſentit Cuiac. 17. *Obſerv.* 35. ut qui alterum obtinuit ne vicinus altius tollat & hoc adeptus videatur ne luminibus officiat ac contra, & Bronch. 2. *Aſſert.* 5. Contra, & ni fallor, verius, Hotom. 2. *Amicab.* 4. Ant. Fab. 19. *Coniect.* 15. quod multo plus inſit ſervituti ne luminibus officiatur, ubi quacunque ratione non licet minuere lumina, quod & aliquando fieri poteſt deprimendo ædes *L.* 17. §. 2. *h. t.* (de quo Cuiac. 23. *Obſ.* 20.) Qui debet ſervitutem altius non tollendi, viridaria ſupra eam altitudinem habere poteſt *L.* 12. *h. t.* qui alteram debet, nequit *L.* 17. *h. t.* (tametſi ad hoc reſp. Bron. *d. loc.* diſtinguat inter viridaria *d. L.* 12. id eſt loca herbis, ac plantis conſita, & arborum poſitionem *d. L.* 17.) Et facit vocula *maxima d. L.* 4. Nec ſequitur. Qui luminibus

una conſtans his partibus, ne quid vicinus altius tollat, ne luminibus noſtris officiat. Et recte. Nam ut vicinus altius ædes ſuas non tollat nullius commodi noſtri cauſſa, inutiliter caveatur, ſimiliter ut ſi mihi ceſſerit ius ſibi non eſſe per ſuum fundum ire, aut ibi conſiſtere. *L. quoties*, 1. in princ. *D. de ſervit.* Ut autem nobis utile ſit vicinum ædes ſuas altius non tollere, non ad aliam rem uſui eſſe poteſt, quam ne luminibus noſtris aut proſpectui officiatur. Hæc eadêm eſt ſervitus, quæ ex poſteriore parte ſola dicitur ſervitus, ne luminibus officiatur. Eſſe enim unam, quæ ita vocetur, conſtat. *L.* 4. *L. inter, L. ſi ſervitus, D. de ſer. urban. præd.* Idque ipſum res per ſe indicat. Non enim quiſquam luminibus noſtris officere poteſt, niſi quid altius tollendo.

III. Hanc [2] eamdem eſſe puto, quæ dicitur ſervitus luminum, ſeu luminis, & uno verbo lumina, & lumen. Quod tamen an ita ſit, quoniam dubium facit Paulus in *L.* 4. *D. de ſervit. urb. præd.* haud abs re erit de eo certius aliquid conſtituere, & oſtendere in univerſum quid cuique in luminibus ædium ſuarum adverſus vicinum liceat, quid non liceat. Non difficile vero eſt & ex uſu veterum, & ex definitione harum rerum ab illis tradita intelligere, hanc illis unam & eamdem ſervitutem fuiſſe, ne luminibus noſtris officiatur, & ſervitutem luminum. Tantum hoc intereſſe, quod illic plena oratione res exprimitur, hic uno verbo vocatur lumina ſeu lumen, ut intelligatur ſervitus, quæ eſt de luminibus noſtris. Similiter ut illi ſervitutem ne proſpectui officiatur, appellant uno verbo proſpectum, quia eſt de proſpectu. *d. L. inter, L. lumen, ſeq. de ſervitut. urban. præd.* Sic uſus eſt Ulpiani in *d. L. inter*, ubi cum propoſuiſſet differre has ſervitutes, ne luminibus officiatur, & ne proſpectus offendatur: id ſigillatim explicans, & ſingulas ſpecies appellans, quam prius dixerat, ne proſpectus offendatur, vocat *proſpectum*; & illam, ne luminibus officiatur, vocat ſimiliter uno verbo *lumina*. Subiicit enim, in luminibus autem hoc obſervatur, ne lumina cuiuſquam obſcuriora fiant. Nam quod adiicitur in Pandectis Florentinis, in luminibus autem non officere, pro in ſervitute luminibus non officiendi, aperte vitioſum eſt: cum ratio latini ſermonis non patiatur, ut dicamus [3] in non-officere, pro in non officiendo. Quamquam ne ſic quidem ſatis exprimeretur hæc ſervitus. Pomponius in *L. ſi ſervitus, D. eod.* inter has cautiones; *Lumina quae nunc ſunt, ut ita ſint; & ne luminibus officiatur*, hnc ſolum intereſſe ſcribit, quod priore cavetur tantum de præſentibus luminibus, ne his officiatur: poſteriore de luminibus præſentibus & futuris. Ambæ igitur in eo, ne lumioibus officiatur. Nemo autem negaverit priorem illam, quæ aperte verbis lumina retinet, eſſe & debere appellari ſervitutem luminum. Paulus ipſe in *d. L. lumen, eod.* lumen & proſpectum ita diſtinguit, ut prius ab Ulpiano diſtinctæ erant hæ ſervitutes, ne luminibus noſtris officiatur, &, ne proſpectus offendatur: & lumini idem tribuit, quod tribuitur illi, ne luminibus officiatur; proſpectui idem, quod illi ne proſpectus offendatur. Eædem ergo ſunt hæ ſervitutes, quibus re & iure idem tribuit. Sed & ex verbo proſpectus facile poteſt intelligi, quid vocet lumen. Nam ſi proſpectus eſt ſervitus, ne proſpectui officiatur: analogia & comparatio duorum iſtorum inter ſe facit, ut lumen intelligi debeat ſervitus, ne lumini officiatur. Congruit eius ipſius definitio in eadem *L. lumen*. Ait enim lumen eſſe, ut cœlum videatur. Atqui ut cœlum ſine interpellatione vicini videamus, aliter conſequi non poſſumus, quam ſi vicinus luminibus noſtris non officiat, id eſt, non impediat nobis lumen, quod ex cœlo venit.

IV. Sed adverſatur; certe rem dubiam facit eiuſdem Pauli locus in *L.* 4 *D. eod.* ibi definit primum, quid contineatur ſervitute lumioum: deinde ſubiicit, per adverſativam, quid contineatur ſervitute ne luminibus officiatur. *Cum autem ſer-*

bus officere nequit, is nec altius tollere *d. L.* 4. quod per hoc obſcurarentur lumina. Ergo & viciſſim quia una prohibitio eſt generalis, altera ſpecialis. Vid. Cor. *ad L.* 1. *de ſerv. n.* 27. *&* 9. *ſeqq*

2) Ita & Bron. 2. *Aſſ.* 5. Andr. Gerhardi *ex Inſt. Decade* 5. Q. 2. Diſſ. diverſimode Cuiac. 1. *Obſ.* 4. Hot. 2. *Amic.* 4 Rob. 4. *Sent.* 7. Qui luminum debet ſervitutem, inquit hic, tenetur ita excipere feneſtram, aliamve aperturam lucis intromittendæ cauſſa, in pariete verſus ædes fieri patiatur, e quibus cælum conſpici, lux excipi poſſit *L.* 16. *h. t.* Qui vero ſervitutem debet ne luminibus officiatur, non cogitur pati immitti feneſtram novam, aperturamve aliam fieri, ſed ne quid faciat quo lumina iam immiſſa obſcurentur *L.* 3. *L.* 15. *h. t.* Et ita plus tribuit ſervituti luminum, contra quam DD. vulgo & Cæpolla *de Serv. urb. C.* 35. *n.* 1. qui volunt luminum ſervitute impoſita permitti altiorem caſtructionem, per quam feneſtræ plures ædificii dominantis obſtruantur, modo una relinquatur, ex qua ſatis lucis ad neceſſitatem haberi poſſit. Quod reprobat Coraſius alio modo hæc diſtinguens ad *L.* 1. *de ſerv. n.* 24. *& ſeq.* Diſſ. & A. Fab. 19. *Conject.* 15. *pag. m.* 55. Plenius de his ſervitutibus Cæpolla *d. C.* 35. *& ſeq.*

3) Sed phraſis non ita abſurda, quæ vel per archaiſmum vel per levem ellipſin ſubauditam ſalvari poteſt. Similesque legendo paſſim occurrunt, immo duriores quædam, de quibus Briſſ. *in Parerg.*

ſervitus imponitur, inquit, *ne luminibus officiatur*. Quæ plane diſtinctio & adverſativa declarat hic res diverſas ab eo ſtatui. Ego autem de ſententia eius loci ſic habendum puto. Concedo duo diverſa a Paulo illic explicari: quod adverſativa inter ea interveniente aliter fieri non poteſt. Sed verba ab illo & conceptiones diverſas explicari aio; rem autem utrobique eſſe eamdem. Et hoc ſatis innuere in utraque conceptione Pauli definitiones: vel potius huc ſpectare, ut id declarent. Quæ ſi idem continent, non poteſt, quin probent rem eamdem utraque appellatione contineri. Et conceptio quidem eius ſervitutis, quam vocat luminum, proprie ea fuiſſe videtur, quæ proponitur in *L. ſi ſervitus. D. de ſervitut. urban. præd.* his verbis, lumina, quæ nunc ſunt, quæve poſtea futura ſunt, ut ita ſint, itaque habeantur. Recte ex hac conceptione ſervitus luminum dicta, quia verbis ipſis ſervitus de luminibus habendis nominatim conſtituta eſt. Hanc autem conceptionem & ſervitutem conſtat verbis differre ab illa, ne luminibus officiatur. Quærebatur igitur, quid utraque iſta ſervitute, id eſt, utraque illa ſervitutis conceptione & formula, contineretur. Id Paulus, ut dixi, explicat eo loco. Ait ergo, *luminum ſervitute conſtituta*, id eſt, ita conſtituta de luminibus habendis, ut ſupra diximus, *id acquiſitum videri, ut vicinus lumina noſtra excipiat*. His verbis ſignificari dico hac ſervitute id acquiſitum, ne vicinus lumina noſtra impediat, ſeu ne luminibus noſtris officiat. Ut enim dicitur vicinus ſtillicidium noſtrum recipere, ſeu excipere in ædes ſuas, cum non avertit, nec impedit, quominus ſtillicidium in ædes eius recte cadat: *L. prædiorum. Inſtitutionib. de ſervit. L. ſervitutes, §. ſi ſervitus, & §. ultim. D. de ſervitutib. urbanor. prædior.* ita eadem analogia recte dicitur vicinus excipere ſeu recipere lumina noſtra, cum hæc admittit, cum in ſuo quoque conſiſtere patitur; denique cum nihil facit in ſuo, quominus lumina noſtra, *uti ſunt, ita ſint*. Quid autem illa ſervitute conſtituta, ne luminibus officiatur? *Hoc maxime adepti videmur*, inquit, *ne ius ſit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina ædificiorum noſtrorum*. Dixit maxime, quia hoc quidem acquiſitum præcipue eſt, ne vicinus ædificando obſcuret lumina ædium noſtrarum: ſed nihilominus & hoc generaliter continetur, ne quo alio opere ſuo id faciat. *L. inter, D. de ſervit. urban. prædior.* Atqui prior illa luminum idem continebat. Ex quo iam intelligi debet, & illa contineri idem, ne ſcilicet luminibus noſtris eodem modo officiatur, & quæ verbis diſtinguebatur ab hac poſteriore, re eamdem vim & ſignificationem habere.

V. Qua ſententia poſita non laborabimus cum Accurſio & cæteris hunc ſecutis, qui ex parte fatetur quod dixi, nempe utraque ſervitute contineri, ne luminibus officiatur: ſed non admittunt eodem modo, ut differentiam quam inter iſtas ſervitutes ſtatui putant, retineant. Hinc quomodo in eo differant, quærunt: quod ipſum neque explicant, neque expedire poſſunt, ut quidem efficiant aliquid, quod verbis Pauli conveniat.

VI. Duarenus [4] *Lib.* I. *diſp. cap.* 33. ſervitutem luminum, & definitionem ſuperiorem Pauli de ea aliter accepit, & ita interpretatur, ut ſervitus luminum ſit ſervitus luminum noſtrorum in alienum immittendorum, qua ſcilicet efficiatur, ut liceat nobis, aperto pariete noſtro, feneſtras in eo poſitas habere luminis excipiendi cauſſa. Hanc ideo ſervitutem recte dici, quia putet nulli licere pariete ſuo aperto ita feneſtras in eo habere, ex quibus in alienum proſpiciat invito domino. Et hoc poſterius probari recte putat in *L. eos, penult. D. de ſervit. urb. præd.* ubi negantur ii, qui ius immittendi luminis non habuerunt, pariete aperto ullo iure feneſtras immittere. Conſequens item eſſe illi ſententiæ generali, qua placet ita licere cuique in re ſua quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. ſicut, §. Ariſto, D. ſi ſervit. vindic.* Hic enim immitti quid in alienum a nobis, nempe oculos, & iuxta ſententiam Xenocratis nihil referre, oculoſne, an pedes in alienum inferamus. Quod de iu-

4) *Et* Guiac. *Obſ.* 31. ſcribens hanc ſervitutem vocari feneſtram, a Caio. 2. *Inſt.* 3. §. 5. Sed verior opinio noſtri, quæ & vulgaris, vid. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 62. *n.* 1. Gomez. *ad L. Tauri* 46. *n.* 7. (ubi hoc procedere putat etſi per tempus memoria hominum antiquius nulla ibi fuiſſet feneſtra, modo vicinus non ante prohibuerit, & ex illa prohibitione 10. vel 20. anni præterierint. Tunc enim quæſita ſervitus feneſtræ non patiendæ, qualis & conſtitui poteſt. Cæpolla *d. loc. n.* 2.) & probant Hot. 2. *Amic.* 31. ac Char. 1. *Veriſ.* 5. Certe, Harmenop. *Lib.* 2. *Promptuarii T.* 4. *p.* 131. *& ſeq.* curioſos ac invidos vocat, qui prohibere nituntur, ne vicino in ædes ſuas pateat aſpectus. Nec enim legibus caveri, nec ex veterum ædificiorum ratione colligi, quod veteres hanc iniuriam putarint. Nec obſtat locus Caii qui per feneſtras ſignificat ſervitutem luminum, cui coniunctum eſt ius feneſtræ immittendæ & habendæ; ſed ita ne vicino, ædificando aliave ratione eam obſtruere liceat, niſi malis intelligere ius feneſtræ parieti non meo, ſed vicini aut utriuſque communi immittendi, arg. *L.* 8. *C. de ſerv.* quomodo & ſervitutem luminum non improbabiliter accipit Henning. Wegner. *Diſput. Inſt.* 5. *in Auctuario.*

de iure ſi vere dicitur, nihil putem in verbis hac interpretatione dici poſſe convenientius, neque magis recipiendum. Paulus ait, *luminum ſervitute conſtituta, hoc acquiſitum videri, ut vicinus lumina noſtra excipiat*. Plane ergo ut nobis ius ſit lumina immittendi. Sunt enim relata inter ſe immittere lumina & excipere. Nos immittimus; vicinus excipit. Immittimus, ut ille excipiat; ille ideo excipit, quia immiſimus. Paulus præterea ſervitutes has diſtinguit, luminum, & ne luminibus officiatur. Nihil poteſt ad hanc diſtinctionem retinendam ſuperiore ſententia reperiri aptius: ubi ex ſervitute luminum id agitur, ut feneſtras in noſtro habeamus ad lumen recipiendum; nulla neceſſitate vicino impoſita in ſuo non ædificandi aut quid aliud non faciendi, ne luminibus noſtris officiat: ex ſervitute autem ne luminibus officiatur utrumque hoc agitur; primum ut feneſtras habeamus in noſtro: deinde ut has ipſas ita habeamus, ut nec vicino quidquam liceat in ſuo facere, quo lumina noſtra obſcurentur. Convenientia ergo verbis omnia in hac interpretatione. Sed de iure videndum, rectene dicatur, neminem poſſe invito vicino feneſtras apertas habere in ſuo pariete. Mihi ſane non videtur. Quod cum in re ipſa, ac non ad ſignificationem verborum tantum interſit, utrum dicamus, & res ad hunc locum, in quo de iure luminum noſtrorum agitur, pertineat: faciendum fuit omnino hoc loco, ut de eo propter ſuperiorem ſententiam amplius cognoſceremus; ut ſi tam vera eſt, quam probabilis, ſequamur. Sin minus, ne temere ab ea diſſenſiſſe videamur.

VII. Ego autem dubitandum non puto, quin ius ſit unicuique pariete ſuo aperto feneſtras in eum immittere etiam invito vicino. Licet quidem vicino iure ſuo ex adverſo tollere ædes ſuas, parietem, aut tabulatum, & quidvis erigere in ſuo, quo lumen & proſpectum iis feneſtris præcludat. *L. cum eo, D. de ſervit. urbano. prædior.* Sed non licet ei cum eo, qui feneſtras in ſuo aperuit, ita agere, ius ei non eſſe ita feneſtras habere; petere, ut feneſtras ſuas occludat. Nec longe huius ſententiæ probatio petenda eſt. In promptu eſt ex ſententia ſuperiore, qua placet poſſe unumquemque quidvis in ſuo facere, dum in alienum nihil immittat. *d. L. ſicut, §. Ariſto, ſi ſervit. vindic.* Qui in pariete ſuo feneſtras aperit, is in ſuo opus facit, nec propterea quidquam immittit in alienum. Iure igitur ſuo id facit, nec quominus faciat, prohiberi poteſt ex ſuperiore ſententia. Nihil ad rem pertinet, quod feneſtræ & proſpectatio in alienum vicino ſunt moleſtæ. Non enim hic ſpectamus, quid vicino moleſtum ſit, vel incommodum, aut non ſit; ſed hoc ſolum an aliquid in alienum immittatur. Si nihil immittitur, licet in ſuo quidvis facere etiam cum incommodo vicinorum. Ut puta, licet in ſuo ædificare quam altiſſime, etiamſi in totum obſcurentur vicini ædes. *d. L. cum eo, de ſer. urb. præd.* Atenim qui feneſtras aperit in ſuo, immittit aliquid in alienum. Immittit enim oculos. Sed figurate dicimur immittere oculos in alienum, cum in alienum proſpicimus, ut & coniicere oculos in aliquem, cum in eum reſpicimus. Oculi poniti pro aſpectu, qui eſt ex oculis. Re autem vera nihil hic immittitur, ac nec [5] oculi quidem: cum qui reſpicit e ſuo, nihilominus ſemper oculos domi, atque adeo in capite ſuo retineat. Quod etſi natura ſatis intelligitur; tamen ne quid hic ſit dubitationis de iure, quaſi hic aſpectus iure pro immiſſione haberi debeat, ſumantur exempli loco publica loca, item ſacra & religioſa. Certum eſt in ea nihil cuiquam immittere licere. *L. 2. in pr. §. locorum, D. ne quid in loc. pub. L. 1. D. ne quid in loc. ſac.* Et tamen licet omnibus civibus feneſtras habere apertas in publicum, in cœmeteria, & cætera loca religioſa, & ſacra. Ergo qui reſpicit in hæc loca, non ideo intelligitur quidquam in ea immittere,

VIII. Non reiicio ſententiam Xenocratis, nihil intereſſe, utrum oculos, an pedes in alienum immittamus. Sed ſenſit Xenocrates de eo, quod honeſte ſit, non de eo, quod neceſſe eſt iure facere. Eſt enim ſuperius illud dictum adverſus curioſos, qui in res alienas, & nihil ad ſe pertinentes inquirunt curioſius contra officium humanitatis. Et in eam ſententiam utitur ſuperiore dicto Plutarchus in libr. περὶ πολυπραγμοσύνης. Atque ita res habet: honeſte facimus atque humaniter, ſi in alienum non proſpectemus, etiam ubi maxime liceat, ne vicinum offendamus, neve ei moleſti ſimus. Sed ſi facere volumus

ex

5) Idque eo magis quod viſio non emiſſione radiorum, ut Plato *in Timæo* Galen. *Lib. 7. de Plac. Phil. & Lib. 10. de Uſu Part.* Lactant. *Lib. de Opiſ. Dei C. 8.* Macrob. *7. Saturnal. 14.* voluere, quorum opinio dudum exploſa, ſed receptione ſpecierum fiat. Ariſtot. *Lib. 2. de Anima tex. 67. & 74. & C. 12. tex. 121. & Lib. 3. C. 1. 2. 3. & Lib. de Senſu & Senſili C. 2.* Zab. *Lib. 2. de Viſu C. 4. & paſſim* Scal. ex. 325. *Sect. 5.* Fern. *Lib. 6. Phyſiol. C. 10.* Conimbric. *in 2. Ariſt. de Anima Q. 5.* Andr. Laur. *Lib. 4. Hiſt. Anatom. C. 16. & Lib. 11. Q. 1.*

ex noſtro feneſtris in noſtro pariete apertis, nullum ius vetat, nec ulla alia prohibendi ratio eſt, quam ut vicinus opere facto in ſuo luminibus noſtris obſtet. Quid, quod feneſtras in noſtro ita apertas habere poſſumus, ut ſint tantum luminis accipiendi cauſſa, ex his autem proſpectare in alienum non poſſimus? Ut, ſi ſint feneſtræ editiores, ad quas ſine ſcalis perveniri non poteſt: ſi ſint occluſæ vitro ſpiſſiore, aut materia pellucida quidem, attamen aſpectum non tranſmittente, ut papyro. Sed ſive hæ feneſtræ ſint, ſive eæ, ex quibus proſpectus in alienum ſit facilis & liber: ſemper verum eſt his in noſtro pariete apertis non ideo quidquam in alienum immitti, atque hac ratione etiam in noſtro iure poſitas haberi.

IX. Sed obiicitur *L. eos, pen. de ſer. urb. præd.* quo loco præcipue motus eſt Duarenus, neque id improbabiliter. Illic ita ſcriptum eſt; *eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure feneſtras immiſiſſe reſpondi*. Quibus verbis aperte ſignificatur eos, qui in pariete feneſtras aperiunt, non ſtatim habere ius immittendi luminis, & præterea non poſſe in eum parietem feneſtras immittere. Sed obſervandum eſt locum ſcriptum eſſe de ſociis, qui parietem communem aperuerunt, ut apparet ex illis verbis, aperto [6] pariete communi. Quod de iis ſociis dicitur, qui ius aperiendi parietis communis, & luminis in eum immittendi non habent, id ad dominum totius parietis non pertinet. Certi iuris eſt ſocios non poſſe facere quidquam in re communi invitis cæteris, ac ne uno quidem invito. *L. Sabinus*, *D. com. divid. L. an unus*, *D. ſi ſer. vind.* Uſque adeo, ut parietem communem alterutri vicinorum demoliendi, & eum reficiendi ius non ſit. *L. parietem*, *D. de ſer. urb. præd.* Multo igitur minus parietis communis aperiendi ius erit, & in eo feneſtras conſtituendi, ubi iſto modo paries ſit debilior ad onera ædium ferenda. At non addidit Paulus ſocios aliquos immiſiſſe feneſtras invitis aliis. Non addidit nominatim: ſed ſatis indicavit, cum dixit eos immiſiſſe feneſtras, qui ius immittendi luminis non habuerunt. Quinam enim illi ſunt in re communi? Non utique omnes, qui communi conſenſu parietem aperiunt, qui in ſolidum parietis domini non ſunt. Alioqui nihil neceſſe erat de pariete communi aperto reſpondere; cum ſufficeret de quovis privato generaliter ita definire, dominum in pariete ſuo immittendi luminis ius non habere invito vicino, & ideo qui ita ius luminis immittendi non habuit, nullo iure feneſtras immittere. Sed ii in pariete communi hoc ius non habent, qui ſine conſenſu cæterorum id faciunt, quia ſoli non ſunt domini. *d. L. parietem*, *de ſer. urb. præd. d. L. an unus*, *ſi ſer. vind.* Id cum ita ſit: non debet, ut dixi, quod de quibuſdam ſociis in re communi dicitur, id ad unum dominum, cuius ſolius eſt paries, transferri. Unus dominus ſi in ſuo pariete quidvis facere poteſt, atque adeo ſi poteſt totum demoliri: ſine dubio multo magis in aliqua parte parietem aperire poteſt, & feneſtras in eum immittere.

X. Summa igitur hæc erit de iure habendi luminis in noſtris ædibus. Licet nobis & ſine ulla ſervitute nobis a vicino conceſſa feneſtras & lumina in noſtro pariete aperta habere. Sed non licet ita habere, quin ex adverſo ius ſit vicino, qui aſpectum in ſuas ædes metuat, obſtruere luminibus noſtris quovis ædificio aut opere iuxta parietem noſtrum erecto. Quamobrem feneſtrarum ita habendarum cauſſa ſervitutem ab illo impetrare non cogimur. At neceſſe eſt impetrare, ne luminibus noſtris officiatur, ſi quidem lumina noſtra ſine periculo obſtructionis eius ita haberi volumus. Unde nuſquam legimus ſervitutem immittendi feneſtras in parietem noſtrum: at ſervitutem ne luminibus officiatur paſſim legimus. Certiſſimo argumento, feneſtras iure noſtro haberi in noſtro poſſe: at ut lumina immiſſa ita ſint, ut immiſimus, iuris noſtri non eſſe, niſi ſervitute luminum conſtituta.

XI. Hæc ſervitus quibuſcumque verbis imponatur, genere ipſo una & eadem eſt: ſed conceptio verborum, quibus exprimi ſolet, triplex. Nam alias ita plene imponitur, ne ius ſit vicino altius quid tollere, ne luminibus noſtris officiatur. *§. prædiorum*, *Inſtit. de ſervit.* alias ita ſimpli-

6) Recte. Niſi in eo eſſet deciſionis ratio, quorſum de pariete communi reſponderetur, quod obtineret in quovis. Sed Cuiac. I. *Obſ.* 31. *d. L.* 40. emendans, pro *communi* legendum vult *cæco*, quia & Harmenop. τυφλὸν τοῖχον vertat, & Virg. 5. *Aen.* parietes cæcos vocat, feneſtris carentes. Largior hoc. Nam & noctem cæcam & cæcum morbum, cæcoſque animi receſſus legimus, Gocl. *Li.* 2. *Contr. Gram. Exerc.* 67. Nam ideo uſitata ſcriptura, nihil abſurdi continens mutanda. Superfluum certe epitheton eſſet cæci. Et quid ſi paries non cæcus, ſed aliquas feneſtras habens, forte in publicum vel alterius aream tendentes, num ideo diverſum obtinebit in eo, alia ex parte, qua proſpici poſſit in vicini aream, aperiendo. Denique, ut Hot. 2. *Amic.* 31. Si paries plurium communis, certum eſt ab uno aperiri non poſſe *L.* 8. *L.* 26. *h. t.* magiſque ſi totus alienus. Quod ſi totus meus, quid dubii quin aperire poſſim, quem totum iure poſſum evertere?

ſimplieiter præcipua parte expreſſa, ne luminibus officiatur. *L. inter*, *L. ſi ſervitus*, *D. de ſer. urb. præd.* Interdum his verbis, lumina quæ nunc ſunt, aut poſtea futura ſunt, ut ita ſint, ita habeantur. *d. L. ſi ſervitus*, *de ſervit. urb. præd.* quæ proprie dicta eſſe videtur a veteribus ſervitus luminum, quia ut dixi, de luminibus retinendis nominatim concepta eſt.

XII. Secunda ſpecies huius generis eſt, ne proſpectui noſtro officiatur. Quæ & uno [7] verbo dicitur proſpectus. *L.* 3. *L. inter*, *L. lumen*, *ſeq. D. de ſervit. urb præd.* Hac ſervitute continetur, ne quid vicinus faciat in ſuo, quominus liceat nobis ex iis locis, unde nobis proſpectus eſt, quam longiſſime ac liberrime aſpicere quaquaverſum & ſuperiora & inferiora. *L. inter*, *de ſer. urb. præd.* Id enim proſpicere ſignificat. Sic dictum quaſi procul & longe aſpicere omnia, quæ aſpectui ſubiici poſſunt. Ideo inter ſuperiorem ſervitutem, ne luminibus officiatur, & proſpectum hoc intereſt, quod duplo plus continet proſpectus, quam lumen. Nam luminis ſervitute conſtituta hoc ſolum continetur, ut cœlum videre liceat, quia lumen tantum a cœlo eſt; unde nec ex inferiore loco eſſe poteſt. Proſpectus eſt etiam ex inferioribus locis. Hoc in *L. lumen*, *de ſervit. urbanor. præd.* Sententia eſt; ſervitute luminis id agitur, ut ſuperiora tantum videantur, a quibus & lumen. Proſpectu; ut liceat aſpicere & ſuperiora & inferiora; illa ad lumen, hæc ad gratiorem proſpectum & liberum. *d. L. inter*, *de ſervit. urbanor. prædior.* Adverſus quæ ſi facere nihil oportet, nempe hoc conſequens eſt, eum qui ſervitutem debet, ne luminibus officiatur, quidvis ponere poſſe in ſuo e regione parietis & feneſtrarum noſtrarum, modo ne impediat, quominus lumen e cœlo ad nos veniat, ſeu dum ne lumina noſtra obſcuriora fiant. Qui autem debet ſervitutem ne proſpectui officiat, huic non licere quidquam ne inferioribus quidem locis poſitum habere, quod impediat, ne liberum ſit nobis ea aſpicere, quæ eo opere non poſito aſpicere licuiſſet. *d. L. inter*, *de ſervit. urban. praed.* uſque adeo, ut nec viridaria liceat vicino in ſuo habere, ſi proſpectui obſtatura ſint. *L. ædificia*, *D. de ſervitut. urbanor. præd.* Utrique ſervituti cum altera hoc commune, quod etiam in ſervitute luminum, ſi eſt aliquid, quo lumina noſtra impediantur, obſcuriora fiant, placet id omne non minus hic inhiberi. *d. L. inter*, *D. eod.* Proinde non tantum ſi vicinus tollat ædes ſuas altius, ſed etſi parietem, aut tabulatum, aut ſtruem lignorum, vel molem lapidum opponat luminibus, atque adeo vel arborem. *L. ſi arborem*, *D. de ſervit. urb. praed.* Et hinc eſt, ut paulo ante dixi, quod Paulus in *d. L.* 4. *eod.* cum diceret ſervitute luminum impoſita hoc adeptos nos videri, ne ius ſit vicino invitis nobis altius ædificare, atque ita imminuere lumina ædificiorum noſtrorum; addidit maxime ita videri. Hoc enim voluit intelligi, maxime ædificium altius prohiberi, ſed non ſolum. Nam prohiberi & cætera, quæ dixi, quæ valent ad luminis impedimentum.

XIII. Tertia ſpecies huius generis eſt ius altius tollendi & officiendi luminibus vicini. Commemoratur hæc ſpecies ſervitutis compluribus locis, ut dubitari non oporteat, quin veteribus vere hæc fuerit ſervitus. Extat in *L.* 2. *L.* 1. *D. de ſerv. urban. praed. L.* 2. *D. de ſervit. ruſt. praed. L. in tradendis*, §. 1. *D. comm. praed.* & *in* §. *aeque*, *Inſtit. de act.* Sed hoc attulit magnam difficultatem omnibus, quod hoc ius dicitur ſervitus. De quo etſi copioſe ſcripſimus ad *d.* §. *aeque*, *de act.* tamen cum hic maxime cognoſcendi locus ſit, ubi de ſervitute ipſa ex profeſſo, non ut illic præcipue de actione confeſſoria & negatoria agitur; non inutile duxi, huic loco ſatisfacientem, de eadem re, quod ſatis ſit, etiam hoc loco ſcribere, non ut iiſdem verbis eadem inculcemus odioſe; ſed ut aliis verbis, & alio ductu conemur, ſi quid adhuc in hac re obſcuri relinquebatur, id, luce illata, clarius, & dilucidius facere.

XIV. Hinc ergo huius partis difficultas. Sane enim nobis ius eſt altius ædes noſtras tollere, invito vicino, ac de eo nemo dubitat ex illa regula perpetua, licere unicuique in ſuo quidvis facere, dum in

7) Quam unam eſſe ſervitutem etiam Rob. 4. *Sent.* 7. *per L.* 12. *& L.* 15. *h. t.* & eſſe ius quo licet in patientia loca libere proſpicere, ut ſervientis prædii domino non liceat quidquam agere quo id impediat. Diſſ. Cæpolla *de Serv. urb. Cap.* 33. *& ſeq.* Coraſ. *ad L.* 1. *de ſerv. n.* 37. *& ſeqq.* Interdum & proſpectui officere non licet nulla conſtituta ſervitute, ut proſpectui maris e domo intra 100. pedes, *Nov.* 63. Rob. *d. loc.* Recte vero Ioſeph. Caſtalio. *Decade* 7. *Obſ. in Criticis C.* 6. refellit eos (quid enim quidam comminiſci non audent) qui apud Romanos luminum tantum cauſſa feneſtras parietibus inditas fuiſſe cenſent, non in proſpiciendi uſum ex illo

Horatii 3. *Od.* 7.

. . . . nec in vias
ſub cantu querula deſpice tibiæ &c.

aliiſque pluribus locis.

in alienum nihil immittat. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto. ſi ſervit. vindic.* Sed licet hoc nobis [8] iure rei noſtræ, & iure publico. *d.* §. *Ariſto*. & quidem ita, ut id ipſum liceat, quanvis officturi ſimus luminibus vicini. *L. cum eo. D. de ſer. urb. præd. L. altius. C. de ſervit.* Libertatis ergo iure, quo ædes noſtræ ad eam rem liberæ ſunt. Proinde non ſervitutis. Pugnant enim hæc inter ſe libertas, & ſervitus. Eiuſque rei hæc argumenta ſunt non dubia. Servitus eſt, cum aut non poſſumus aliquid facere in noſtro, aut alium aliquid facientem pati cogimur ſecus quam iure publico cogebamur, neque aliter eſt natura ſervitutis. *L. quoties*, 1. in fin. *D. de ſervit.* At ius altius tollendi ædes ita eſt, ut nobis quidem ius ſit, quibus maxime licet hoc in noſtro facere: vicino autem eiuſmodi, ut neque is propterea cogatur quidquam pati in ſuo a nobis, cum in eius ſolum aut ædes nihil immittamus; nec quid non facere, cum liberum ſit ei nihilominus feneſtras in ſuo aperire, ut libet. Quare nihil hic eſt ſervitutis. Licet & hoc modo idem colligere. Non eſt ſervitus impoſita vicino, niſi cum ille ius ſuum deminuit, noſtrum auxit. *L. de pupillo*, §. *& belle D. de op. nov. nunt.* At ut liceat nobis ædes noſtras altius tollere invito vicino, neque is prohibere poſſit: in eo vicinus neque ius ſuum imminuit, cum iure publico nullum eiuſmodi prohibendi ius prius habuerit: neque noſtrum auxit, cum id non ab illo accipiamus, ſed a iure publico. Nulla ergo in eo vicini ſervitus. Item, quod ſit iure ſervitutis, tale eſt: ut facere non poſſimus, niſi vicinus eius rei ſervitutem admiſerit, impoſuerit. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto. ſi ſer. vind.* Poſſumus autem ædes noſtras altius tollere invito vicino, quanvis ſervitute eius rei ab eo non impetrata. *d. L. cum eo, de ſer. urb. præd. L. altius. C. de ſervit.* Non ergo ius altius tollendi ædes noſtras ullo modo eſt ſervitus.

XV. Et ita res habet, ut hoc ius nonnunquam ſit iuris publici & libertatis noſtræ ius; interdum ſervitus. Cuius rei diiudicatio pendet ex eo, quid iure publico nobis liceat in noſtro facere ædificando, aut non liceat. Nam ſi nulla lex nominatim vetat, ne ædificemus in noſtro: ſine dubio ædificandi ius publicum eſt; eoque non ſervitus, quam a vicino concedi oporteat, ex regula videlicet naturæ, qua licet in ſuo quidvis iure ſuo facere. Verum interdum iure publico prohibemur ædificare. Quandocumque & quacumque in ſpecie id lege cavebitur: toties eveniet, ut ſi poſtea nobis licebit invito vicino ædes altius tollere, tum hoc ius ſit ſervitus, quia nunquam licebit, niſi vicino concedente, ut ſe invito nobis ius ſit ita ædificare. Duobus autem temporibus altius ædes noſtras tollere iure publico prohibemur. Atque hinc ſervitus altius tollendi utrique tempori conveniens. Alias forma publica ædificiorum prohibet, alias areæ vicinæ uſus ad terendum & ventilandum frumentum comparatæ. De iure ædificandi ex forma antiquorum ædificiotum ita definit Ulpianus

in

8) Res hæc difficilis admodum expeditur, in qua multum variant, & ſe torquent interpretes. Sane abſona eſt eorum acceptio, qui hac ſervitute id agi ſentiunt, ut vicinus compellatur ædes ſuas altius tollere ne in meas pateat proſpectus, & ut officiat ac obſtruat lumina mea, quando id mihi expedit, & obſcuritas magis quam lumen conducit, ut in tabernis mercatorum, vid. Zaſ. *in Para. V. P. n.* 6. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 16. Cumque validiſſime obſiſtat regula *L.* 15. §. 1. *de ſerv.* Reſp. Zaſ. eſſe hos caſus ſpeciales, regulæ exemptos. Quod plane improbabile. Noſtro fere conſentiunt Duar. *ad L.* 1. *&* 2. *h. t.* Charond. 1. *Veriſ.* 15. Coraſ. 3. *Miſc.* 24. ubi tameo taxat eos, qui hanc ſervitutem tunc admittunt, quando conſuetudine vel ſtatuto coarctata ædificandi libertas. Et ad formam ædificiorum lege publica præſcripta hæc referens reſtringit id, niſi ea utilitatis publicæ gratia præſcripta. Sed hanc ſolutionem plane reiicit Ciſn. *in Interp. L.* 15. *de op. no. nunc. pag.* 56. *& ſeqq.* (1) quia ſi lege vel conſuetudine ſtatutus modus ædificiorum, magis propter ornatum civitatis, quam ſingulorum commoditatem. Et ita ultra extollere non licet, nec ferente aut concedente vicino, nec ſervitus talis conſtitui poteſt in fraudem legum publicarum. (2) Si maxime ea conſuetudo inducta in gratiam vicinorum, nec tunc tamen ius extollendi, neglecta ea forma, permiſſu vicini ſervitus erit, ſed libertas, remiſſa ſervitute lege impoſita, reſtituta, quomodo fere & Walther 1. *Miſc.* 4. Vult autem Ciſner. *d. lo. p.* 49. *& ſeqq.* actionem negatoriam & confeſſoriam ex formula affirmativa vel negativa diſcerni debere. Ideo, in *d.* §. 2. *l. de act.* Confeſſoriam actionem eſſe ſi quis agat ius ſibi eſſe altius tollendi, licet eo ipſo non ſervitutem ſibi, ſed libertatem afferat ac vindicet. Sed ſic non ſatisfit legibus Digeſtorum. Licet enim hæc iura vocentur *L.* 2. *h. t.* incommode tamen dicunt quidam non ideo eſſe ſervitutes, ſed iura libertatis in prædiis. Nam & vocantur ſervitutes *L.* 1. *h. t. L.* 2. *R. P.* Alii tum his ſervitutibus locum dant, quando prius ſervitus non tollendi, &c. conſtituta, eaque deinde remiſſa, ac contraria ſervitus impoſita. Vid. Cuiac. *in not. prior. & poſt.* 1. *h. t.* Pac. 3. *Q.* 56. Vult. *ad pr. l. h. t. n.* 19. *&* 1. *D. ſtept.* 5. ubi tamen inter ſervitutis prioris remiſſionem & contrariæ ſervitutis ceſſionem diſtinguit. Turamin. *Epiſt. acad.* 22 huiuſmodi ſpeciem ponit. Domus diviſa inter duos: A. partis inferioris, & B. partis ſuperioris dominum. B. altius tollere iure libertatis nequit; & quia non eſt dominus ſoli, & quia ſervitus oneris ferendi ſic imponeretur A. Poteſt autem iure ſervitutis ſi illud A. ipſi pacto vel ſtipulatione ceſſerit. At ego talem ſpeciem nec ſomniaſſe ICt. putaverim. Aliter Parad. 1. *Rer. Quotid.* 15. & aliter A. Fab. 19 *Coniect.* 15. qui ſervitutem hanc non acquiri niſi in conſequentiam libertatis receptæ, nec recipi uſucapione libertatem quin ſimul contraria ſervitus acquiratur. Quod valde ab omnium opinione abnorme eſt. Sicuti & id quod *eod. Cap.* vult, eum, qui iure libertatis altius tollit, non adſtringi ad ſervandam ædificiorum formam, ſed eum qui iure ſervitutis. Atque ita minus tribuit illi, quem cum libertate ædium recepta ſimul novam ſervitutem acquiſiviſſe contendit, quam qui libertate quidem rei ſuæ fruitur, ſine iure tamen ſervitutis in re aliena. Quid tandem intentatum innovandi licentia relinquet?

in *L. qui luminibus, D. de ſervit. urbanor.* prædior. *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra eorum commodum volet, ſciet ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere*. Qua ex definitione intelligimus, quod dicitur unicuique ius eſſe ædes ſuas, quæ non ſerviant, altius tollere invito vicino. *d. L. cum eo. d. L. altius*. ita temperandum eſſe, dum in eo nihil a nobis fiat contra formam & ſtatum antiquorum ædificiorum. Ut ergo erit hic ſtatus; ita ius altius tollendi non erit, aut erit ſervitus. Ut plurimum fit, ut nulla certa forma & altitudo ædificiorum definita ſit lege civitatis. Hoc ſtatu urbis, licet cuivis civi quam altiſſime tollere ædes ſuas, etiamſi obſcuret alienas. Non enim prohibetur forma antiqua ædificiorum, cum hæc forma nulla præſtituta ſit. Interdum contra, lege civitatis certa forma & altitudo præſcripta eſt ædificiis, ſupra quam altius ædes tollere non liceat. Quod Romæ factum fuiſſe temporibus Auguſti, & poſteriorum Imperatorum ex hiſtoriis didicimus. Auctor Tacitus *libr. 15. Annal.* Argumenta huius ſtatus certa in *L. 1. C. de ſervit. L. 1. C. de ædific. privat.* ad quem ſtatum alluſit Ulpianus in *d. L. qui luminibus*. Et hunc ille vocat ſtatum antiquorum ædificiorum, ut & Imperatores alibi formam veterem, ut in *L. 1. C. de ſervitutib.* alibi modum 9 uſitatum altitudinis, ut in *d. L. 1. C. de ædific. priv.* quia iam olim ab Auguſto ad ipſorum tempora certa forma conſtituta perſeveraverat. Hoc ſtatu conſtituto, ſupra eam altitudinem ædificare non licet invito vicino. At ab eo recte impetratur, ut nobis Ius ſit etiam ſupra eam altitudinem ædes noſtras tollere. Quo conceſſo iam incipit ius altius tollendi nobis eſſe ius, vicino ſervitus. Recte ſervitus. Hic enim incipit vicinus pati aliquid in ſuo, quod prius non cogebatur pati iure publico. Atque hoc pati, ſervitus. *d. L. quoties*, in fi. *de ſervit.* Hoc primus procul ſenſit Ioan. Faber ad §. *æque. Inſt. de act.* Non hæſitanter docuit Baro ad *eumdem* §. & *ad Tit. de ſervit.* ſententia quam vera ſit, ex iis quæ dixi, intelligi poteſt.

Et ad hunc quidem ſtatum ſolum referri debet ſervitus altius tollendi, cuius mentio eſt in ſcriptis veterum. Nondum enim alia lex obſtabat iuri ædificandi quid in ſuo. Poſt ſecutum eſt aliud tempus conſtitutione quadam Iuſtiniani, quo cœpit idem non licere. Is in *L. ult. §. ult. C. de ſervit.* vetat, ne quis ædificet in ſuo ex adverſo eius areæ vicini, in qua frumentum teritur & ventilatur, ſi eo ædificio impediatur ventus ad purgationem frumenti neceſſarius. Bono publico ab eo conſtitutum propter neceſſarium frumenti uſum inter homines. Poſt quam conſtitutionem cœpit exiſtere tempus illud, cum in hac ſpecie 10 ius altius tollendi eſſet ſervitus. Nam si dominus areæ nobis ceſſerit, ut nihilominus nobis ædificare ius eſſet: incipit hoc ius eſſe ſervitus. Nobis ius, qui tollere poſſumus: vicino ſervitus, qui cogitur pati adverſus commodum ſuum, quod prius iure pati non cogebatur.

XVI. Notandum eſt, unam hic ſervitutem eſſe hanc, altius tollendi ædes noſtras, & officiendi luminibus, vel areæ vicini, uti duo hæc coniunguntur in *L. 2. D. de ſer. urb. præd.* non autem duas ſervitutes, ut quidam putant. Non enim in ſervitute exigitur hoc ſolum, ut ius noſtrum augeatur altius tollendo, ſed in primis etiam, ut vicini minuatur. *L. de pupillo, §. & belle, D. de op. no. nunt.* Id autem ita fiet in iure altius tollendi, si ita nobis liceat altius ædificare, ut simul vicino officiatur.

XVII. Quarta ſpecies huius generis ſecundi, ne ius sit vicino avertere ſtillicidium ædium ſuarum in noſtras ædes, ſeu ne ſtillicidium eius recipere cogamur. Commemoratur in *d. L. 2. D. de ſer. urb. præd.* & §. 11 *prædiorum, Inſtit. de ſervit.* Sed habet hæc ſpecies eamdem dubitationem, quam ſuperior; ut nobis quidem ius ſit non recipere ſtillicidia vicini, ſeu prohibere, ne ea in noſtrum immittat: at non poſſit dici competere iure ſervitutis, quod nobis conceditur iure publico. Nemo enim quidquam immittere poteſt in meum me invito, & ſi quis immittit, prohibere poſſum iure rei meæ & publico. Iure ergo libertatis rei meæ, non iure

9) De quo Briſſ. 1. *Antiq.* 1. Ræv. 3. *Coniect.* 12. P. Fab. *ad L.* 61. *de R. I.* ubi rationem huius reddit, ne diſparitas vicinorum ædificiorum oculis intuentium ingrata ſit; tum neve grandi altitudine liberior aer, ſolisque ac diei fulgor arceatur. Adde Lipſ. *Lib. 3. de Magnitud. Rom. C. 4.*

10) Vid. Hotom. 8 *Obſ.* 10. Et 10 *d. §. ult.* ſpeciem huius ſervitutis ponit Vital. 2. *Var. Lect.* 7. *n.* 6. An *d. L. ult. §. ult.* extendenda ſit, &c. vid. Io. Vinc. Hondedæ. *Vol. 1. Conſ.* 81. *n.* 20. *& ſeqq.*

11) Iuxta vulgarem lect. ubi *d. §.* 1. adiecta verba *vel non recipiat*, quæ uti in Hal. ita & in Goth. editione omiſſa. Sed omittenda non eſſe docet Rob. 2. *Rec. Lect.* 23. qui de hac ſervitute ſic ſentit. Si poſt conſtitutam ſtillicidii avertendi ſervitutem, ea ſimpliciter remiſſa: prædium libertati tantum redditur, nec qui dominus antea, nunc debitor novæ ſervitutis. Si vero ea remiſſa, ſimul mihi ius conſtitueris, quo te prohibeam ne, ſtillicidium immittas; ſervitus nova, cuius effectus ut actione te cogere poſſim, ut tectum tuum reficias ne ſtillicidium in prædium meum derivetur, arg. *L. 6. §. 2. ſi ſerv. vind.*

Digitized by Google

iure ſervitutis. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſer. vind.* In quo eadem argumenta ſunt, quæ ſupra. Non eſt ſervitus, ubi quis in ſuo nihil cogitur a nobis pati, aut in ſuo non facere. *d. L. quoties*, in fin. *de ſervit.* At ne recipiam ſtillicidium vicini in meas ædes, nihil vicinus cogitur pati a nobis in ſuo, quoniam in eius locum nihil immittimus, ſed ipſe immittit. Non prohibetur etiam facere quid in ſuo, qui ſtillicidium in ſuo habere poteſt, & quidvis in ſuo facere eius ſtillicidii amovendi cauſſa. Nulla igitur hic vicino ſervitus. Item cum is in hac ſpecie neque ius ſuum ſibi imminuat, quod nullum fuit; neque meum augeat, quod aliunde habeo, quam ipſius opera: non poteſt hoc ius meum dici ſervitus. *d. L. de pupillo*, §. *& belle*, *de op. no. nunt.* Item, quod nobis licet iure ſervitutis, id non licet niſi a vicino impoſita ſervitute. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſer. vind.* At nihil hic neceſſe eſt nobis concedi a vicino, ne ſtillicidium eius recipere cogamur; quia a iure communi id habemus, ne cogamur, dum prohibere poſſumus, ne quid in noſtrum immittat. *d. §. Ariſto.* Quare ius hoc noſtrum, ne ſtillicidia vicini cogamur recipere, ſervitutis ius non eſt, ſeu non eſt ſervitus. Dicendum hic idem, quod ſupra. Quandiu lege civitatis non eſt hic receſſum a regula naturæ, & ea libertate rerum noſtrarum, quam eſſe diximus, ne quis quid in noſtrum immittat nobis invitis, ideſt, quandiu non eſt conſtitutum, ut vicini in civitate cogantur recipere ſtillicidia vicinorum ſuorum: tandiu nobis ius eſt ſtillicidia vicini in ædes noſtras non admittere iure communi, eoque & nulla ſervitute a vicino conſtituta. Quo rerum ſtatu non poteſt hoc ius dici aut eſſe ſervitus. Quod ſi conſtitutio ædificiorum civitatis ita erit; ut lege civitatis liceat unicuique ſtillicidia ædium ſuarum obverſa habere in alienum: tum non licet nobis iure publico ſtillicidia vicini non recipere. Quo fit, ut hoc ſtatu ſi velimus id licere, neceſſe ſit a vicino impetrari. Quo conceſſo, tum ius ſtillicidii in ædes noſtras non avertendi erit illi vere ſervitus; quia incipiat cogi pati id ſtillicidium, quod prius iure publico pati non cogebatur.

XVIII. Tertium genus ſervitutum urbanorum prædiorum diximus eſſe earum, quæ comparatæ ſunt ædium noſtrarum exonerandarum cauſſa. Huiuſmodi onera in ædibus noſtris fere tria: ſordes & colluvies ædium: fumus qui emittitur ex fornace aut camino: ſtillicidia & flumina. Hæc ſi exonerare commode non poſſumus niſi in alienum, & vicinus nobis conceſſerit in ſuum exonerare, fiunt ea iura, quæ habent iſtarum rerum ſervitutes. Iura nobis, qui illa poſſumus, ſervitutes vicino, qui cogitur iſta in ſuum immiſſa pati, cum iure publico non cogeretur. *d. L. quoties*, in fin. *de ſervit.*

XIX. Hinc totidem ſpecies ſervitutum huius generis: Ius cloacæ immittendæ; *L. ius cloacæ*, *D. de ſervit.* Ius [12] fumi immittendi *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſerv. vind.* Ius ſtillicidii & fluminis immittendi, ut concipitur hæc ſervitus in *L. foramen*, in fin. *D. de ſer. urb. præd.* vel ut alibi, ius avertendi ſtillicidia & flumina noſtra in ædes aut aream vicini; ſeu ut vicinus ſtillicidium noſtrum, aut flumen recipiat in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam. *L. 2. D. de ſervit. urb. præd.* §. *prædiorum*. *Inſtit. de ſervit.* Hæc eadem eſt, quæ dicitur ſtillicidiorum & fluminum ſervitus in *L. 1. D. de ſer. urb. præd.* Stillicidium eſt aqua pluvia, quæ [13] ſtillatim & guttatim cadit. Flumen aqua pluvia, quæ in pluvia, quæ in unum collecta continue & maiore impetu fluit more fluminis. Quod fit, cum aqua e tecto colligitur per canales aut tubulos unum in locum. Auctor Varro *lib. 4. de ling. lat.* Quod & aperte ſignificatur in *L. ſervitutes*, 20. §. *pen. D. de ſerv. urb. præd.*

12) Fumum immittere quando iure libertatis liceat, citra ſervitutem vero, Cæpolla *de Ser. urb. C.* 53.

13) Quaſi caſus ſtillæ ab alto: a ſtiria, id eſt gutta frigore concreta. Weſ. *in Par. h. t. n.* 6. vid. de his ſervitutibus Coraſ. *ad L. 1. de ſerv. n.* 45. *& ſeqq.* Cæpolla *de ſerv. urb. Cap.* 28. *& ſeq.*

C A P. VI.

Servitutes quoque ruſticorum prædiorum ut utilitate prædii dominantis æſtimantur, ita eadem utilitate diſtingui. Hinc harum ſervitutum genera tria: ut quædam ſint ad fundum noſtrum accedendi cauſſa; quædam ex alieno ad noſtrum quid ſumendi: quædam exonerandi fundi noſtri gratia. Primi generis ſpecies eſſe has quatuor; Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Et quid harum unaquæque.

Praediorum ruſticorum ſervitutes ex utilitate dominantis prædii æſtimari, tria illarum genera; & quæ. I.
Comparatæ accedendi cauſa ad fundum noſtrum, eæque certe habitae praediorum ruſticorum ſervitutes, quatuor. II.
Iter, *huius definitio explicata.* III. & ſeqq.
Ius eundi qui habet, poteſt & equo, & lectica vehi. IV.
Id facere, ſive neceſſitatis, ſive voluptatis cauſa. V.
Et ſi non agere iumentum. VI.
At equum manu ducere, aut ante ſe agere, ubi pedes ire malit; aut etiam famuli opera ad ſe in fundum deduci velle. VII.
Actus. *Quid ſit: improbatur definitio in quammultis exemplaribus* Inſtitutionum *deſcripta; & illa Ulpiani ex* L. 1. D. de ſervit. ruſtic. præd. *explicatur.* VIII. XIII. XIV.
An qui agit iumentum, vel ducit vehiculum, poſſit ire & ſine iumento. IX.
Ut ut hoc liceat: quomodo id ex contrahentium ſententia potius, quam ex vi verbi, & agendi *ſignificatione inferatur.* X.
Contrariis occurritur. XI. XII.
Via. *Quid ſit: quatenus differat ab actu; & quomodo ſit propria, & plena definitio.* XV. XVI.
Aquæductus, *eiuſque definitio.* XVII.

I. SErvitutes quoque prædiorum ruſticorum ut utilitate prædii dominantis æſtimantur, ita eadem utilitate diſtinguuntur. Tria ſunt, quæ utilitas fundi noſtri deſiderat, quæ quidem ſumantur extrinſecus. Primum ut aliunde ad fundum ſit acceſſus: ſine quo ne fundo quidem uti liceat. Deinde ſi quid intus ad cultum fundi pertinet, ut adhibeatur in fundum. Tum ut ſi quo onere intus premitur, quod neceſſe ſit in alienum exonerari, ita eo exoneretur. Et totidem utilitatum conſequendarum cauſſa ſervitutes nobis in alieno comparatæ. Unde harum ſervitutum genera tria. Quædam ad fundum noſtrum accedendi cauſſa comparatæ ſunt: Quædam ex alieno quid ſumendi, quod deinde ad uſum fundi noſtri transferatur: Quædam exonerandi fundi gratia.

II. Acceſſus cauſſa ſunt hæ quatuor, Iter, Actus, Via, Aquæductus. Nam & aquæductus nihil aliud eſt, quam iter aquæ, quam per alienum volumus ad noſtrum pervenire. Sic appellatur in *L. Quintus, L. ſi mihi conceſſeris, D. de ſerv. ruſt. praed.* Commemorantur & definiuntur hæ ſpecies in *L. 1. de ſerv. ruſt.* & *Inſt. de ſerv.* in pr. Suntque eæ, de quibus ſemper inter omnes conſtitit, has prædiorum ruſticorum ſervitutes eſſe: cum de cæteris, quas in reliquis generibus ſubiiciemus, dubitarint veteres: etſi tandem obtinuerit, ut in ruſticis ſervitutibus recte numerarentur, ſi minus ipſo iure; at certe tuitione prætoris, ut declaratur *d. L. 1.* in fin. *de ſerv. ruſt. praed.* *§. inter, Inſt. de ſerv.* Quod non alia ex re fieri putandum eſt, quam quod de quatuor illis ſuperioribus nominatim comprehenſum fuerit olim, aut lege duodecim tabularum, aut aliis legibus; cæteræ in lege non appellarentur.

III. Iter ſic definitur, ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum. *d. L. 1. de ſerv. ruſt. praed. Inſtitut. de ſerv.* in princ.

IV. Ire eſt pedibus ad aliquem locum progredi. Sic tamen pedibus; ut nihil interſit ad eundum, ſuis pedibus quis in eo utatur, an alienis. Nam qui ab eunte geſtatur, & ipſe ire dicitur. Hinc factum, ut placeat non ſolum eum ire, qui eat pedes, ſed & qui eques; item qui [1] ſella

& le-

1) Vid. Cæpolla *de Ser. ruſt. C. 1, n. 4. & 5.* ubi etiam rheda aut curru vehi licere per duos equos ſcribit. Quod *d. L. 7.* non probat, nec iuri convenit. Neque enim par ratio lecticæ, quæ a baiulis geſtabatur, item ſellæ geſtatoriæ, ac rhedæ ſeu currus. Reſtringit hoc idem *n. 5.* ut equum vel rhedam aliam aliis rebus onerare non liceat, &c.

& lectica vehitur: eique cui iter conceſſum ſit, vectationem ſuperiorem conceſſam videri. *d. L. qui ſella*, in princ. *L. inter, de ſerv. ruſtic. praed.*

V. Ambulare prope idem, quod ire. Ut apud Terentium quod dicitur in Phormione, *in ius ambula*, valet idem, quod noſtri dicunt, i in ius; ex edicto, quo cautum ita eſt, in ius vocati ut eant. *Tit. D. in ius voc. ut eant.* ut videri poſſit verbum ambulandi in definitione otioſe additum. Sed tamen nonnihil intereſt. Certe ambulare amplius quiddam exprimit. Nam ſi ambulare dictum eſt ab ambiendo; ambulare erit non tantum ire ad fundum, ſed commeare ultro citro cum libet, id eſt, non tantum redire, ſed & ire: nec tantum [2] neceſſitatis cauſſa id facere, ſed & voluptatis & quoties viſum eſt. Itaque hæc vis erit huius adiectionis, ut iter ſit ius eundi ad fundum noſtrum, & inde redeundi, ac toties id faciendi, quoties libet vel animi cauſſa.

VI. Homini ſeu hominis verbum (nam utrumque legitur, prius in Pandectis Florentinis io *d. L. 1. de ſerv. ruſt. praed.* Poſterius fere in omnibus aliis exemplaribus, & maxime in *Inſtitutionibus*) cur additum ſit io definitione, ſequentia declarant. Nempe ut intelligatur iter ſic eſſe ius eundi, dum iter ſit homini, ſeu hominis; id eſt, dum homo eat, non etiam iumentum agatur. Quid ergo, dicet aliquis, hoc quiſquam metuere potuit, ne eundi verbo etiam ius agendi iumentum acciperemus, niſi hoc de homine nominatim adiiceretur in definitione? Omnino. Nam & pecora ire dicuntur:

Virgil. Ecloga I.

Ite meæ quondam, felix pecus, ite capellæ.

Eclog. VII.

Ite domum paſti, venit Heſperus, ite iuvenci.

Additum ergo homini, ad removendum iter animalium. At cur itineris verbo quod generale eſt, noo continentur omnis itineris ſpecies, ac proinde animalium; cum placeat verbo generali omnes ſpecies eius generis contineri? *L. ſi ſervitus, D. de ſerv. urb. præd.* Quia iter animalium per ſe nullum eſt, ut quidem per unum & certum tantum locum eant, niſi agantur a ductore. At hoc cum ſit, non iam iter eſt tantum, ſed actus. Nunc autem in itinere iter nudum quærimus, quod non eſt in actu. Inde dictum, eum non poſſe iumentum ducere, qui iter tantum habeat. *d. L. qui ſella*, in pr. *de ſerv. ruſt. praed.*

VII. Quid ergo, ſi dominus in itinere malens pedes ire deſcendat de equo, & equum [3] manu prehenſum ducat, aut ante ſe agat; hoc illi facere non licebit? Immo vero licebit. Plus dico, etſi dominus ſit in fundo, recte ad eum per famulum aut alium quemlibet deducetur equus in fundum, ut rediturus equum conſcendat. Nec obſtabit ei, quod dicitur io definitione, & *d. L. qui ſella.* noo licere ei, qui iter habet, iumentum agere vel ducere. Hoc enim ſic accipiendum eſt, oiſi iumentum ducatur equitandi cauſſa. Nam cum poſſit eques ire & redire. *d. L. inter, de ſervit. ruſt. praed.* Sine dubio & equitandi cauſſa ei equum ducere, aut ad eum duci permittendum eſt. Quidquid enim conceditur, hac conditione eſt, ut ſimul omnia conceſſa intelligantur, ſine quibus conceſſo commode uti non poſſumus. *L. 3. §. 1. D. de ſerv. ruſt. praed. L. 2. D. de iuriſdict.*

VIII. Actus eſt ius *agendi vel iumentum vel vehiculum*. Sic definitio eſt Ulpiani in *d. L. 1. de ſerv. ruſt. praed.* nec quidquam additur præterea. Hoc vero recte. Nam actus dictus eſt ab agendo. Non poteſt igitur actus eſſe, niſi ius agendi. Agere autem ad animalia & vehicula tantum pertinet, de quo mox. Male autem in maxima parte exemplarium *Inſtitutionum* ſic definitio relata eſt, ut actus ſit, *ius eundi, ambulandi hominis, iumentum agendi vel vehiculum*. Non quia aliter legitur in *d. L. 1.* ſed quia falſum eſt actum eſſe ius eundi ambulandi hominis, ut mox dicetur. Alioqui nihil interſit inter actum & viam: cum & viæ eadem definitio ſit. Inter quæ tameo multum intereſt. Sed & hanc adiectionem

2) Cuiac. 22. *Obſ.* 35. Poteſt ambulare, inquit, id eſt ſpatiari valetudinis cauſſa, & Baro *in pr. I. de ſerv.* qui hoc diſcrimen facit: Ire etiam equites ſed tranſeundi cauſſa; ambulare ſolos pedites, ſed non tranſeundi, verum ſanitatis gratia. Contra Hotom. *ad pr. I. de ſer.* ſignificari commeationem ad res prædio neceſſarias, quia non eſt ſervitus prædialis ſpatiandi animi vel valetudinis cauſſa. *L. 8. de ſerv.* Recte: nam & ſpatiando hominis voluptas non prædii utilitas reſpicitur. Cæpolla *de Serv. ruſt. C. 5. n. 2.* ire ſcribit qui ſolus vadit, ambulare qui cum ſocio etiam currendo vel cantando. M. Lyclama *Lib. 3 Membra. Ecloga* 52. vocem ambulandi coniunctim intelligendam eſſe, nec abſtrahendam ab itione: Ita ambulare dici aliquem ad diſcrimen vehiculorum, quæ dicuntur ire agi. *L. 9. de ſerv.*

3) Sed Hotom. *ad pr. I. de ſer.* ad dextram aut lævam ducere ac ita iter ampliare non licere, ſed ante ſe agere vel retroducere. Cæpolla *d. Cap. 9. n. 4. in fin.* ne hoc quidem licere ſentit.

Theophilus non agnovit. Tenebimus igitur definitionem, ut eſt Ulpiani in *d. L.* 1. & ut legitur iiſdem verbis in pleriſque exemplaribus *Inſtitutionum*, ut ſit actus ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Agere eſt vi cogere rem aliquam, ut progrediatur. Quod fit in animalibus & vehiculis, cum adhibita opera illa promovemus, quæ alioqui aut non moverentur, aut non procederent. Ideo utrumque additum in definitione, *iumentum vehiculum*. Quamquam & dum his rebus inter agendum duces ſumus, non minus recte eas ducere dicimur. *d. L. qui ſella*, in pr. & §. 1. *L. inter*, *de ſerv. urb. praed.*

IX. Ergo qui agit, ducitve iumentum vel vehiculum, quia promovet, apparet etiam eum ire cum iumento & vehiculo. Neque enim aliter promoveat, ſeu cogat progredi, ſed nec aliter ſe his progredientibus ducem & rectorem præbeat. Attamen non ſimpliciter ire, ſed ire cum iumento & vehiculo. Inde quæſitum, an cui actus conceſſus eſt, poſſit etiam ire & ſine iumento. Et placuit 4 poſſe. Idque adeo intulit Ulpianus ex definitione ſuperiore in *d. L.* 1. *de ſerv. ruſt. praed.* Itaque inquit, *qui iter habet*, *actum non habet*, id eſt, non hoc ipſo, quod iter habet. Nam aliter nihil vetat, quominus qui iter habet, huic etiam ſeparatim actus ſit conceſſus. *Qui autem actum habet*, inquit, *& iter habet etiam ſine iumento*: id eſt, ut explicatius dicitur in *Inſt. Tit. de ſervit.* in pr. & iter habet, eoque uti poteſt & ſine iumento. Et de hoc iure minus quis dubitet fortaſſe.

X. At quod Ulpianus idipſum intulit ex definitione, videamus, ne non modo recte non fecerit, ſed etiam ne contra definitionem. Apparet enim ex agendi verbo, quod ſupra expoſuimus, actum non eſſe iter agentis, niſi cum iumento & vehiculo. Nunc autem huic contrarium eſt iter ſine iumento. Et fatendum eſt ex verbi ſignificatione non recte inſerri, quaſi iter ſine iumento *agendi* verbo ſignificaretur. Plane enim non ſignificatur. Sed hac ſignificatione admiſſa, recte inſerıur ex re huic verbo & definitioni ſubiecta: quia in ea re hæc mens ſit & ſententia conſtituentium. Nam ſi placuit conſtituenti, ut quis poſſet ire cum iumento, idque verbum agendi ſignificat; recte colligitur hanc quoque eſſe conſtituentis ſententiam, ut liceat ire & ſine iumento. Plus eſt enim multo ire cum iumento, quam ſine iumento. Quare cui prius conceſſum eſt, ei multo magis intelligitur ex eo genere conceſſum poſterius; iuxta regulam iuris, *non debet, cui quod plus eſt licet, quod minus eſt, non licere*. L. non debet cui. *D. de reg. iur.* Item cum duo coniunctim conceſſa ſunt cum graviore incommodo prædii ſervientis, ei multo magis licent ſingula, quæ ſervitutis incommodum minuant. Licet enim prædii ſervientis conditionem leviorem facere. *L. ſervitutes*, *§. pen. D. de ſerv. urb. praed.*

XI. Atenim alibi traditur, actum poſſe eſſe ſine itinere. *L.* 4. *§.* 1. *D. ſi ſer. vind.* Quod ſignificat eum qui actum habet, non ſemper iter habere. Non ſunt hæc contraria. Quod enim dicitur, eum qui actum habet etiam iter habere & ſine iumento, non ſic accipiendum eſt, ut ſit neceſſe ita eſſe; ſed ut habeat, ſi actus tantum ſimpliciter datus ſit, ac nihil aliud extrinſecus convenerit. Cæterum ſi nominatim hac lege actus datus erit, ne liceret ire niſi ad agendum iumentum, aut vehiculum; pactio ſervanda eſt. Contractus enim ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. iur.* Idque etiam ſuperioribus conſequens eſt. Cum enim dixerimus hoc iter haberi ex coniectura voluntatis, non rei ſignificatione, & actus natura: fit, ut ſi de contraria voluntate conſtabit, non poſſit haberi contra voluntatem. Et in re certa non eſt coniecturæ locus. *L. continuus*, in fin. in pr. *D. de verb. obl.* Quod ſi actu conceſſo, convenire poteſt, ne habeatur iter ſine iumento; & conventio rata eſt ex edicto: apparet vere dici actum ſine itinere haberi poſſe.

XII. At etiam alibi ſcriptum eſt, nunquam actum eſſe poſſe ſine itinere. Ideo qui, *actu* legato, *iter* adimat, nihil adimere videri. *L.* 1. *D. de adim. legat.* Dictum hoc eſt de itinere ipſius actus, ſeu de eo itinere, quo utimur in actu ad agendum iumentum vehiculum. Abſque eo agi non poſſe iumenta, aut vehiculum, ac proinde ſine eo actum eſſe non poſſe natura, perſpicuum eſt. Unde fit, ut qui

actu

4) Baro *in pr. I. de ſer.* iter eum habere per conſequentiam, ut tamen ire poſſit ſine iumento, non etiam ambulare voluptatis gratia, ne nihil actus a via differat. Sed A. Fab. 1. *Coniect. ult.* expungit verba, *ſine iumento* d. L. 1. dictos locos diſſidentes *d. L.* 4. §. 1. *&* *d. L.* 1. *de ad. leg.* non rectius conciliari, quam ut Accurſ. quod actus ſine itinere eſſe nequeat, ſine ſervitute itineris poſſit. Qui agit, eum, quando agit, ire oportet; non autem quando non agit. Neque aliud, ait, ſine promiſſoris iniuria conſtitui poteſt, qui pro una, gemina non eſt onerandus ſervitute. Verum recte & expedite noſter. Et refellitur Faber *ex L.* 58. *de V. O.* ad quam idonee non reſpondet. *L.* 9. §. *ult. de Novat.* *L.* 2. *Quem ſerv. am.* Aliter Lyclama 3. *Membr.* 12.

actu legato *iter* adimit, nihil adimat, non hoc iter, quod cum iumento coniunctum eſt, quia non poteſt adimi. Non illud, quod eſt ſine iumento: quia prius id non legavit; nec videtur quidquam adimi, niſi quod prius eſt legatum. Hæc de verbo *agendi*: ex quo illud iter, quod adiungi diximus. Reliqua definitionis videamus.

XIII. Dicitur actus ius *agendi iumentum*. Quid cætera pecora? conſtat enim iumentorum appellatione non 5 omne pecus contineri. *L. aediles*, §. 1. *D. de aed. ed.* puta boves, multoque minus oves, capras, ſues. Et cætera quoque animalia non minus recte agi dicuntur, unde & ad cætera quoque ius agendi pertinet, licetque intelligere ex eo quod placet actum eſſe, ubi armenta traiicere liceat, ut eſt in *d. L. inter, de ſerv. ruſt. praed.* Armenta autem non ſunt iumenta. Argumento eſt, quod boves armentorum appellatione continentur, non iumentorum. *L. boves, D. de verb. ſign.* De iumento igitur hic exempli cauſſa dictum eſt: ſimiliter ut de ſaltibus in illa veterum definitione, æſtivorum hybernorumque ſaltuum nos poſſeſſionem animo retinere. *L. 1. §. quod vulgo. D. unde vi.*

XIV. Dicitur actus, ius 6 *agendi vehiculum*. Non recte, dixerit aliquis. Agi enim proprie dicuntur, quæ ſunt animantia. *L. ferri, D. de verb. ſignif.* Aut ſi quid generalius volumus, agi tantum dicuntur ſe moventia, quæ ante nos propellimus, & ut ſupra definivimus, quæ cogi poſſunt, ut progrediantur. Plauſtrum autem & vehiculum res ſunt inanimatæ; certe res ſe non moventes. Unde & plauſtrum duci, & iumenta agi legimus in *L. qui ſella, §. 1. L. inter, D. de ſer. ruſt. præd.* Et non difficilis huius rei explicatio eſt. Vehiculum per ſe immobile eſt. id ſi manu prehenſum aliquo movebimus, ducere, non agere videbimur. Sed adiungamus iumenta, rem moventem effecerimus, eamque quam ante nos propellamus non minus, quam iumenta ipſa. Hoc modo & vehiculum recte agere dicemur.

XV. Via eſt ius eundi, & agendi, & ambulandi. Nam & iter, & actum in ſe via continet. Sic eſt definitio in *L. 1. de ſervit. ruſt. præd.* & *Inſtitut. de ſer.* in princ. Sed bis vitioſa videtur definitio. Primum quod in his ipſis, quæ exprimit, non eſt propria definiti; ſed & in his alii generi convenit. Deinde quod non omnia complectitur, quæ ſunt definiti: ut neutro modo id, quod definiti proprium eſt, exprimat. Primum definitio videtur etiam actui convenire. Nam & actus eſt ius eundi, ac non agendi tantum. Sic eſt fere definitio in *Inſtit. de ſervit.* in vulgaribus exemplaribus. Et ut nihil ſit aliud; tamen actus vi ipſa etiam iter continet; ſi is qui actum habet, hoc ipſo & iter habeat. Nos vero negabimus actum eſſe iter, eoque & ius eundi. Non eſt quidem actus ſine itinere. Sed non ideo eſt iter; quia quod iter ineſt in actu, ideo ineſſe intelligitur ſemper, quia ineſt agendi iumenti vel vehiculi cauſſa. Cui contrarium eſt iter ſolum, quod eſt ſine iumento aut vehiculo. Recte ergo definitur actus, ius agendi tantum in *d. L. 1. de ſer. ruſt. praed.* Non recte in quibuſdam exemplaribus *Inſtitutionum* ius eundi & agendi, ut ante dixi. At enim qui habet actum, dicitur etiam iter habere. Sed non ideo actus iter in ſe continet, ut via dicitur, actum & iter in ſe continere. Eſto enim, dicatur actus iter continere ideo, quia actu conceſſo, etiam concedatur iter; non tamen dici poteſt continere iter in ſeſe, quoniam vi & natura ſua non continet, ut partem totum: ſed tantum conceſſio actus facit, ut eo conceſſo, etiam alterius rei conceſſio ſequatur. Non ſic via. Hæc ita iter & actum continet, ut contineat in ſe, & natura ſua. Denique ita, ut ſit etiam via & iter, & actus; proinde ius eundi, & agendi. Quod & recte ſenſit 7 Duarenus *Lib. 1. Diſp. C. 31.* At quid intereſt,

utrum

5) Ideo Hotom. *ad pr. l. h. t.* pro *iumentum* reponit *armentum*. (1) quia alias vocula *iumentum* redundaret, contenta verbo *vehiculum*, quod non eſt ſine iumentis. (2) quia excluderentur oves, capræ, porci, &c qui iumenta non ſunt 3. *Sent.* Pauli 6. §. 79. Notatur ab A. Gentile 4. *Lect.* 4. (1) quia lectica genus vehiculi, iumentum non exigens. (2) quia non ideo cui vehiculi ducendi ius, etiam iumentum ſine eo agendi, niſi definitio exprimeret. (3) Oves & porci neque armenti nomine veniunt. Licet autem & illos agere arg. a maiori.

6) Recta hæc lectio *L. 7. L. 12. h. t.* maleque omnino Hotom. *in pr. l. de ſerv.* emendat *non etiam vehiculum*, permotus *L. 13. de ſer.* qui ipſe tamen *ibid.* & 2. *Obſ.* 21. diſſenſum Iuriſconſultorum agnoſcit. Sed non obſtat *d. L.* 13. vehiculum in actu ducere licet regulariter, *d. L. 7.* & 12. niſi locus anguſtior nominatus, *d. L.* 13. ubi conventione aliquid detrahitur. Et ideo in definitione actus disiunctionis vocula *vel*, vid. Charond. 1. *Veriſim.* 5. Gov. 2. *Var. Lect.* 17. Vacon. 5. *Declar.* 69. *n.* 9.

7) Ita & Cor. *ad L. 1. de ſerv. n.* 99. in actu iter non inſpecta prima cauſſa, ſed acceſſorie & in conſequentiam. In via actus & iter utrumque æque principaliter. Cuiac. 23. *Obſ.* 35. via propalam & nominatim in ſe continet iter & actum, idemque prorſus viam eſt cedere iter & actum *L. 9. verſ. ſed ſi quidem ſi ſer. vind. L. 2. Quem. ſer. am.* (quod tamen non uſquequaque admittendum) & in edicto de itinere actuque his verbis etiam via ſignificatur. Actui non propalam & nominatim ſed tacite & per conſequentias iter ineſt. Viam habens poteſt vel iter vel actum ſeparatim, vel utrumque coniunctim, vel uno verbo viam

vin-

utrum dicatur via continere iter vi & natura ſua, an vero ſententia contrahentium, ut actus? Plurimum. Nam ſi contineat tantum ſententia contrahentium, non natura ſua; poterit recte convenire, ut qui viam habet, non habeat iter ſine iumento, ut ſupra in actu conventione effici poſſe diximus. Nihil enim hic fit contra naturam rei, eoque nec contra ius. Ac proinde rata conventio ex edicto. *L. iuriſgentium*, *§. ait*. *D. de pact.* quod ſi dederimus, id quod res eſt, viam natura ſua continere ius eundi, fruſtra erit conventio, ſi convenerit, ut cui via conceſſa erit, ei non liceat ire ſine iumento: quia conventio eſt contra naturam rei, de qua agitur: cuius generis conventiones omnes tanquam cum natura pugnantes, & contra ius de re quaque conſtitutum, nullius momenti habentur. *L. ſi tibi*, 17. in pr. *L. pen. D. de pact.* Recta igitur hac parte definitio, quæ hactenus viæ propria eſt, nec actui convenit.

XVI. Sed videtur in eo minus complecti, quam definitum exigit, quod placet eum, qui viam habet, trahendi quoque [8] tigna & lapides ius habere, item & rectam haſtam ferendi, dum fructus non lædat: quanvis provehi ſoleat haſta a ſuperiore parte extra ſpatium viæ. *L. qui ſella*, *§. penult. D. de ſervit. ruſt. præd.* Hæc tamen non continentur verbis ſuperioris definitionis, quoniam neque qui baiulat aliquid, neque qui trahit, dicitur agere: ſed qui baiulat, ferre; *L. ferri*, *D. de verbor. ſignif.* qui trahit, aperte ante ſe non agit: agere autem eſt ante ſe promovere. Et dici poteſt Ulpianum in *d. L.* 1. *de ſervit. ruſt. praed.* poſuiſſe in definitione viæ ea tantum, de quibus conveniebat inter omnes ea eſſe viæ, ideo nihil addidiſſe, quo ſignificaretur de duobus illis poſterioribus, quia de his dubitabatur. Sic enim de his refert Paulus in *d. L. qui ſella*, *§. pen.* plerique (putant) & trahendi quoque & rectam haſtam ferendi habere eos, qui viam habent. Sed poſtquam ſuperior ſententia comprobata eſt a Iuſtiniano in Pandectis, res eo redibit, ut nunc quidem non ſit plena definitio. Quam tamen poſtea ipſe relatam probavit in *Inſtit. Tit. de ſervit.* Quid ergo, ſi hoc ipſum fateamur non eſſe plenam definitionem: ſed non ideo deſcriptionem reprehendendam, quia non fuerit propoſitum Ulpiano in *d. L.* 1. *de ſervit. ruſt. praed.* exactam definitionem viæ tradere, ſed tantum id, unde differentia intelligeretur inter actum & viam? Multo minus hoc dicetur probabiliter. Nam inſtitutum eius contrarium ſatis arguitur ex eo, quod priora duo iter & actum propriis incluſit definitionibus: aquæductum poſtea eodem modo; neque nunc nova ratione in deſcribenda via eſt uſus, quam in reliquis, ſed eadem. Præterea in ſingulis his ſervitutibus dixit ſeparatim quid eſſet unaquæque definientis more, non differentias proponentis. Ut non magis dubitari poſſit eum definitionem viæ tradere voluiſſe, quam conſtat voluiſſe eum in cæteris. Mihi quidem, ſi quid hic certi dicere volumus, & quod ſuperiora complectatur, atque adeo quod verbo viæ conveniat, redeundum videtur ad coniecturam virorum doctorum, ut [9] Con-

vindicare. Actum habens iter vindicare nequit. Bald. *Add.* 12. *tab.* 4. *n.* 5. Via continet iter & actum ex ipſa vi & proprietate verbi. Actus autem iter non niſi ex veriſimili paciſcentium voluntate, & Duar. *ad L.* 1. *h. t.* & Char. 1. *Veriſ.* 5. Sed Gœd *ad L.* 25. *de V. S. n.* 18. ut in actu iter, ita in via iter & actum ineſſe non ut partes, ſed ut commoditates propter loci amplitudinem & uſum. M. Lycl. 3. *Memb.* 12. Quatenus inſunt iter & actus, ait, ſunt partes inſeparabiles, indiviſæ, non ſervitutes, ſed ſervitutem viæ una formant. Ire ambulare poteſt viam habens, iure viæ, non ſeparatæ ſervitutis. Cæterum Florentinæ Pand. *in L.* 1. *h. tit.* pro *in ſe* habent *&* *ſe*, quam lectionem tuetur Rev. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 14.

8) et ſic plus continet quam actus, atque in eo unum diſcrimen, (2) differt quod actus latitudo ab homine deſignatur, viæ autem certa eſt & lege determinata *L.* 8. *R. P.* Actus etiam eſſe poteſt ſi anguſtior locus, quam qua vehiculum duci poſſit, via nequit *L.* 13. *de ſer.* Cuiac. 22. *Obſ.* 35. Cæpolla *de Serv. ruſt C.* 3. *n.* 2. Cor. ad *L.* 1. *de ſerv. n.* 97. Nec recte Rob 4. *Sent.* 5. eadem omnino licere actum habenti quæ viam habenti, nec aliud eſſe diſcrimen, quam quod via ſignificet rem certam & conſiſtentem, actus factum incertum. Viæ certam eſſe latitudinem quam is cui debetur loco non nominato, in qua parte velit, eligere poſſit, civili tamen modo. Actu autem ſimpliciter promiſſo ſervitutem non conſiſtere, quia nihil determinati in promiſſione, priuſquam determinetur *L.* 13. *§.* 1. *hoc tit.* Quia vero actu promiſſo aliquando anguſtior locus conſtituitur, quam qui via promiſſa ipſo iure debetur, inde fieri, ut interdum plus liceat habenti viam, quam actum. Nec melius A. Fab. 1. *Coniect.* 20. hoc unum plus eſſe in via quod etiam ambulare, id eſt ſolus ire poſſit qui viam habet, quod nequeat actum habens, vid. ſupra *Not.* 4. Viam nihil aliud eſſe quam coniunctas ſervitutes itineris & actus, &c. qui tamen poſtea: Sublatis itinere & actu ſublatam eſſe viam *L.* 13. *§.* 1. *de acceptil.* conſtitutis non conſtitui. Quæ firma non ſunt. Iiſdem enim rebus aliquid conſtituitur & diſſolvitur, eadem ſunt in interitu quæ in ortu. Cur vero haſtam rectam ferre non liceat actum habenti, vid. *not.* Goth. *in d. L.* 7. *h. t.* Cuiac. 12. *Obſ.* 35 putat *L.* 12. *tabb.* de non cædendis arboribus vetuiſſe forte & ne quis quatefaceret eas ac fructus decuteret, quod ſic facile eveniet. Igitur putat ſupinato haſtam demittere poſſe, ſed non erigere.

9) Et Weſ. *in Par. h. t. n.* 1. Goth *ad d. L.* 1. Aliter Hotom *in pr. l. de ſerv. &* 2. *Obſ.* 21. voculam *eundi* retinens & pro *ambulandi* reponens *avehendi*. Sed lectionem receptam tuetur A. Gentil. 4. *Lect.* 4. dicens voculam *agendi* hic latius comprehendere quoque lapidis tractum & geſtationem haſtæ. Plus autem eſſe in verbo ambulandi, quod non diſtinguitur uno loco, cum quandam variandi poteſtatem ſignificet. Sic enim ambulatoria voluntas. Et M. Lyclama 3. *Memb.* 12. verbum *vehendi* magis actui convenire, ſed & itineri *L.* 7. *pr. h. t.* Viam a vehendo dictam, ſed publicam aut aliam quæ non eſt ſervitus. Ius vehendi ſupra ſolum eſſe ſervitutem viæ in ſolo. Viam eſſe ius eundi ſcilicet, non hominis, ſed vehiculi, & agendi vehiculum vel iumentum, quæ verba ea definitione actus coniungenda dicit. Ire agere proprium eſſe viæ *L.* 9. *ſi ſerv. vind.* agere ire actus, ire ambulare itineris.

Connani, qui putat pro eundi, legendum una literula adiecta vehundi. Et vero ita legi oportet, & ita oportere tria evincunt; etymologia verbi; ratio & analogia præcedentium definitionum; natura definitionis. Etymologia hanc ſcripturam ſuadet. Conſtat enim viam dici a vehendo. Auctor Varro *Lib.* 4. *de ling. lat.* Ratio præcedentium definitionum etiam exigit. Nam iter definitum eſt ius eundi; nempe quia dicitur ab eundo. Actus ius agendi, eadem iſta de cauſſa, quia dicitur ab agendo. Par igitur, & prioribus omnino conſequens, ut dicatur via ius vehundi, quia ſcilicet & hæc dicitur a vehundo. Natura autem definitionis cogit ita definiri. Non eſt enim definitio, quæ non continet omnia, quæ ſunt definiti. At ſi via nihil eſt, niſi ius eundi & agendi, non continebuntur hac definitione ius ferendæ haſtæ, & aliquid trahendi. Quoniam quæ ferimus & trahimus, agere non dicimur, ut ante oſtendi. *d. L. ferri, de verb. ſign.* Quæ tamen via contineri placet. Dicamus igitur eſſe ius vehundi & agendi, & ambulandi. Tum ut cætera omnia, ſic & ſuperiora duo complecti. Vehi enim dicuntur omnia, quæ traiiciuntur; ſive ea ferimus, ſive agimus ante nos, ſive ducimus nobiſcum, ſive poſt nos trahimus.

XVII. Aquæductus definitio patet, quæ eſt in *d. L.* 1. *de ſerv. ruſt. præd* ut ſit aquæductus ius [10] aquam ducendi per fundum alienum.

10) de quo Bald. *ad pr. l. de ſer. n.* 16. *&* 12. *ſeqq.* Conſ. *ad L.* 1. *de Serv. n.* 120. *& ſeqq.* fuſiſſime Cæpolla *de Ser. ruſt. C.* 4.

C A P. VII.

Secundi generis ſervitutum ruſticorum prædiorum eſſe eas, quæ præter aditum, etiam ius ex alieno quid ſumendi habent, quod ad uſum prædii noſtri ſolum conferatur. Quibus modis fiat, ut ita conferatur. Huius generis eſſe has ſpecies, Aquæ hauſtum; Aquæductum; ius Cretæ eximendæ; Calcis coquendæ; Arenæ fodiendæ; Lapidis eximendi; Pedamenta ſumendi; Pecoris paſcendi; Pecoris ad aquam adpellendi; Tugurii habendi; Uvas premendi; Frumenta, ipſa cæteraque legumina exprimendi. Quid contineat harum unaquæque, & quatenus fiat prædii ſervitus. Expoſitus, & ſuæ integritati reſtitutus. §. *ultimus*. *L. Mela*. *D. de ali. leg.*

Servitutes, ſeu iura ruſticorum prædiorum ſecundi generis ſunt, quæ ex alieno quid ſumendi ius habent ad fundi noſtri uſum. I.

Sumpta ex alieno ad uſum prædii noſtri conferuntur tribus modis; unde & tria genera ſervitutum. II.

Prioris generis ſervitutes uſum illarum rerum præbent, quæ ad opus & cultum fundi recta pertinent, & in eo inſumuntur; & quæ huiuſmodi. III.

Secundi generis ſunt comparatæ ad uſum pecorum, quae habentur fundi colendi, aut alendæ familiæ cauſſa. Hæ cuiuſmodi. IV.

Ex poſteriore genere illae, ſine quibus aut pecora ipſa in prædio haberi nequeunt, aut quae ad exprimendorum, aut recte habendorum fructuum cauſſam pertinent. Et quæ iſtæ. V.

Emendatur & exponitur L. Mela §. ultimus D. de alim. legat. VI.

I. SEcundi generis ſervitutes ruſticorum prædiorum ſunt eæ, quæ præter aditum in alienum, etiam ius ex alieno quid ſumendi habent, quod ad uſum prædii noſtri conferatur. Quæcumque erunt hæc iura, eadem erunt & prædii ſervitutes, ſi quod ſumitur ex alieno, ita transferatur ad uſum prædii noſtri, ut etiam in eo uſu conſumatur. *L. ergo*, in fin. *L. veluti*, *ſeq. de ſervit. ruſt.* Illud tantum videndum erit, quæ ad hunc uſum conferantur: quod non uno modo contingit.

II. Et ex alieno ſumptum ad uſum atque utilitatem prædii noſtri conferri intelligitur, ſive ſumptum transfertur in fundum, & illic conſumitur; ſive extra fundum confertur ad uſum pecorum prædio noſtro deſtinatorum; ſive etiam extra fundum

dum

dum confertur ad fructus prædii noſtri exprimendos.

III. Quæ ex alieno ſumpta transferuntur in fundum, & ibi ad opus & cnltum fundi conſumuntur, eorum ſumendorum ius citra controverſiam eſt ſervitus, ut ad prædii noſtri utilitatem recta collatum. Huius generis ſervitutes hæ ſunt; Aquæ [1] hauſtus; *L.* 1. in fin. *D. de ſerv. ruſt. præd.* §. *inter. Inſtit. de ſervit.* Aquæductus, quatenus ducitur ex fonte, qui in alieno eſt: Ius pedamenta ex alieno ſumendi: *L.* 3. in princ. *eod.* Ius cretæ eximendæ, Calcis coquendæ, Arenæ fodiendæ, Lapidis [2] eximendi. *L.* 1. in fin. *L. ergo. L. veluti, ſeq.* §. *item longe. D. eod. d.* §. *inter. Inſtitut. de ſervit.* Omnia tamen ſervitutes hac lege, dum ex regula qnam ſupra poſui, omnibus his utamur ſolum ad prædii noſtri utilitatem, in qua & conſumantur, *d. L. ergo D. eod.* puta, aqua hauſta aut ducta ad fundum irrigandum: pedamentis ad vineas: creta ad figulinas, & eas quidem, in quibus vaſa fingantur ſoli prædio noſtro neceſſarias: calce, arena, lapide ædificandi eius gratia, quod in fundo eſt. *d. L.* 3. *L. veluti, eod.*

IV. Sed & quæ ex alieno ſumpta non redeunt quidem recta ad fundum, conferuntur tamen ad uſum pecorum prædio noſtro deſtinatorum, eamdem & ipſa utilitatem prædii noſtri continere intelliguntur: utpote collata ad uſum earum rerum, quarum utilitas ad prædium ipſum refertur. Hinc illæ ſervitutes eiuſdem generis: Ius [3] Pecoris paſcendi; ius Pecoris ad aquam alienam appellendi, ſeu pecoris [4] ad aquam appulſus. *L.* 1. in fin. *L. pecoris.* 4. *D. eod.* Utrumque tamen ita, ut dixi, dum pecora prædii noſtri cauſſa habeantur, & ut Papinianus loquitur in *d. L. pecoris*, dum *prædii fructus maxime in pecore conſiſtat*; id eſt, dum pecus ad fructum prædii, ſeu ad fundum fructuoſiorem reddendum comparatum ſit; ut quæ conferuntur in pecora, eadem quoque videantur in fundum ipſum conferri. Id autem ita fit, ſi ut Ulpianus hoc explicat in *L.* 3. in pr. *D. eod.* pecora ſint boves aut iumenta, per quæ fundus colitur, ſeu quæ habentur tantum fundi colendi cauſſa. Idem eſt, ſi ſint oves, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, aut caſeum conficiendum comparatæ: ſed quibus ſolum ad uſum & victum familiæ ruſticæ, per quam fundus colitur, utamur. Semper enim hoc tenendum eſt, ſervitutem prædii non ultra conſtitui poſſe, quam quatenus utile eſt prædio, & quatenus ad id ipſum prædium opus eſt. *L. ergo*, in fin. *de ſerv. ruſt. præd.* Si inde quid venit, aut transfertur ad alios, quidquid ſumere ex alieno licebit, uſusfructus aut uſus erit, non prædii ſervitus, *d. L. veluti, eod.*

V. Prioribus ſervitutibus iſtis duabus receptis conſeqnens fuit, ut illa quoque admitteretur, ut ſi habeam in tuo paſcui ſervitutem, aut pecoris appellendi, liceat mihi etiam tugurium ibi habere, quo me recipiam, ſi tempeſtas ingruerit, quæ & ſervitus recepta eſt. *d. L. veluti.* in fi. *eod.* Et recte. Sic enim fit, ut tugurii utilitas primo quidem pertineat ad pecora tuenda, quæ ſine cuſtode aut ductore recte haberi, aut cuſtodiri, aut etiam agi non poſſunt. Ad ſummam autem referatur ad fundum, cuius cauſſa pecora habentur. Sed etſi quid in alieno facere nobis commodum ſit, quod ſumptum neque recta referatur ad fundum noſtrum, neque obliqua via per pecora, quæ alieno paſta ad fundum noſtrum poſtea redeunt: ſi tamen pertineat ad fructus noſtros in alieno detegendos, exprimendoſve, & in ſumma melius habendos, placet eius rei ſervitutem recte conſtitui, & ſervitutem prædii; quaſi ad prædii utilitatem ſatis pertineat, quæ pertinet ad fructus recte & commode ad uſum habendos: cum ipſum prædium fructuum cauſſa habeatur. Quamobrem & ſi quæ ſint huiuſmodi ſervitutes, recte ad hoc ipſum genus referentur. Sunt autem ex hac cauſſa hæ receptæ; ut mihi in tuo uvas vineæ meæ premere liceat: ut liceat area tua uti ad frumenta, piſa, cæteraque legumina exprimenda. Quæ ſervitutes commemorantur in *L. Mela.* §. *ult. D. de ali. leg.*

VI. Atque hæ ſunt huius generis ſecundi prædiorum ruſticorum ſervitutes. In quibus tamen in dubium revocantur hæ; aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appul-

1) *L.* 5. §. 1. *hoc tit.* de qua Coraſ. *ad L.* 1. *de ſerv. n.* 126. *& ſeqq.* definiens: ius hauriendæ aquæ ex puteo vel fonte vici ad prædii mei commoditatem, uti & Schneid. *ad pr. I. de ſerv. C. de ſer. ruſt. n.* 27. de qua & Cæpolla *de Serv. ruſt. C.* 7.

2) Quæ ſi ad utilitatem ruſtici prædii ruſticæ ſervitutes: ſi ad urbani, urbanæ, vid. Cæpolla *de Ser. ruſt. C.* 10.

3) De quo & de paſcuis, pluribus Coraſ. *d. lo. n.* 135. *& ſeqq.* Schneidvin. *d. loc. n* 28. *& ſeqq.* Cæpolla *de Servit. ruſtic. C.* 9. Covar. 1. *Var. Reſol.* 17. *n.* 11. *& pract. QQ. Cap.* 37.

4) De qua Coraſ. *dict. loc. n* 133. *& ſeq.* Cæpolla *de Servit. ruſt. Cap.* 8. ubi *n.* 2. tunc hanc ſervitutem prædialem eſſe quando pecora vel ad ſtercorandum agrum habentur, vel per ea colitur fundus, ut ſi boves ad arandum habeantur. Definit: ius appellendi pecoris per prædium vicini ad fontem ſeu puteum.

pulſus, ius premendi uvas in alieno, ius frumenta & legumina noſtra in aliena area exprimendi. Nam hæc, ut eſt lectio vulgaris etiam in Pandectis Florentinis, dicuntur eſſe ſervitutes perſonæ in *d. L. Mela. §. ult. de al. leg.* Sic enim illic locus legitur: *nam & hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus, eſt ſervitus perſonae: tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Sed ſententia iſto contextu aperte vitioſa eſt; ſed & ea, quæ ab eodem ipſo loco aperte refellatur. Nam hæ ſervitutes certo iure ſunt ſervitutes prædii, non perſonæ. *§. inter, Inſt. de ſervit.* In primis autem ſententia Ulpiani, qui non dubitanter in ruſticis ſervitutibus iſta computanda eſſe ſcribit in *L.* 1. in fi. *de ſerv. ruſt. praed.* Atqui idem ille eſt auctor *d. L. Mela.* Ut autem quis ſuperiores ſervitutes de ſententia Ulpiani ſervitutes perſonæ eſſe conceſſerit: tamen quod ſequitur, falſum eſt, eas hoc caſu inutiliter relinqui ei, qui vicinum prædium non poſſideat. Idque eodem auctore Ulpiano in eo ipſo reſponſo; ubi in extremo ait, aquam, de qua illic conſulebatur, ideo fideicommiſſario quanvis non poſſeſſori vicinæ poſſeſſionis utiliter relinqui, quia perſonæ relinquebatur. Quid ergo eſt? Vere illic ſcripſit Ulpianus, & iis, quæ diximus, plane convenienter, dum vitium ſcripturæ obſervetur, quod intelligenti, & conſideranti propius, non erit difficile animadvertere. Error obiicitur ex vitioſa interpunctione, & una itemque altera litera detracta. Quæ ſi recte reponuntur, locus integritati ſuæ reſtituetur, & ſententia loci nihil alioqui cohærens habentis, ſimul & iuris ratio de ſuperioribus ſervitutibus optime conſtabit. Sic ergo locus [5] legendus & interpungendus eſt: *nam & hauſtus aquae, ut pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus. Perſonæ tamen eius, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Eius, non ei, ut conveniat relativum, quod ſequitur, qui vicinus non eſt. Neque enim recte diceretur, perſonæ ei, qui vicinus non eſt: ſed recte, perſonæ eius, qui vicinus non eſt. Hoc vero contextu habemus ſententiam veram, & ſuperioribus conſentientem. At non eam, dixerit aliquis, quam certum ſit Ulpianum ita poſuiſſe, cum contextus vulgaris repugnet. Immo eam, quam non alibi tantum, ſed eo ipſo in loco conſtet eſſe Ulpiani. Illa enim verba, *nam & hauſtus aquæ*, pro ratione ſubiicit, ut probaret, quod prius ſignificaverat ſervitutem prædii non poſſeſſori vicinæ poſſeſſionis non recte relinqui. Quod ita recte probatur, ſi ſubiecerit eas ſervitutes, quæ ſunt prædii

5) Aliter corrigit Coraſ. *ad Rubr. de ſerv. n.* 32. ſic legens: *Nam etſi hauſtus, &c. eſt ſervitus perſona: tamen ei qui vicinus non eſt utiliter relinquitur*, ut ſit ſenſus: Licet hauſtus, cum eſt ſervitus prædialis, requirat vicinitatem, non tamen cum perſonæ relictus, ut ita in verſ. *nam &* non confirmetur, ſed diluatur obiectio. Ibidem in fin. *d. §. ultim.* pro *aqua* reponit *aquæ* addens ſecum ſentire, Longovall *ad. L.* 3. *de iuriſd.* Deſperatus certe *d. §. ult.* morbus, uſtione vel ſectione lenius remedium recipere via videtur. Quod ſi ea recipienda, præferrem aliam correctionem, quam aliquot ab hinc annis, ex ore viri Cl. Val. Guil. Forſteri percipere me meminit, ut legamus, *eſt ſervitus per ſe, non tamen ei qui vicinus non eſt inutiliter relinquitur*. Sic enim ſenſus multo aptior ac concinnior quam vel ex Coraſii vel ea noſtri lectione. Hic nimirum. Si hauſtus aquæ, qui ſemper ſervitus & ſui quidem natura prædialis, poteſt tamen perſonæ relinqui, ut fiat ſervitus perſonalis, quanto magis utile fideicommiſſo aquæ ſimpliciter relictæ, ubi nulla ſervitus, nec perſonalis conſtituta, (ut apparet ea verbis: *ut ſit in fideicommiſſo quanto quis annuam ſibi eſſet comparaturus*.) ſed relictum ſimile relicto alimentorum. Quid tamen ſi & hic ingenii vires periclitentur, num interpretatione aliqua non abſurda effici poſſit, ut ſua vulgatæ lectioni conſtet ſententia. Conſtare vero videtur ſi dicamus in verſ. *nam & hauſtus*, vel removeri tacitam obiectionem, ab hauſtu aquæ petitam hoc modo: Licet hauſtus aquæ vicinitatem requirat, etiam cum perſonæ relictus: tamen eius diverſa ratio, quia ille eſt ſervitus, ſi non rei, ſaltem perſonæ. Hic autem nulla ſervitas relicta. Vel (ſi cui hoc duriuſculum videatur, fateor enim voculam *tamen*, non ſatis apte congruere.) Ulpianum ita obiectionem redarguere ut primum aliquid concedat, & quidem amplius largiatur, quam contradicentes ipſi intendant, poſtea oſtendat id omne non recte applicari, ſeu propoſito adverſari. Senſus hic. Quaſi dicat Iuriſconſultus. Non ideo inutile relictum, quia ſervitur prædii vicinam poſſeſſionem exigit. Largior quidem hoc, immo plus ſponte concedo hauſtum aquæ, qui maxime huic relicto affinis, etiam tunc cum perſonæ ſervitus eſt, id eſt, cum non in utilitatem prædii, ſed domini, & quidem certæ perſonæ intuitu, conſtitutus, vicinitatem exigere. In eademque cauſſa eſſe ius uvas premendi, &c. Verum hæc nihil ſententiam meam impediunt. *Hac enim aqua perſona relinquitur*, id eſt non ſervitus aliqua eſt aquæ hauſtus, ſed debitum perſonale. Dices. Siccine vicinitatem prædiorum in ſervitutibus perſonalibus exigis? Reſp. Exigo; ſed non in uſuſructu ac uſu, primariis ſpeciebus, quæ & in re mobili & prædium non habenti conſtitui aptæ: verum in quibuſdam quæ ſui natura prædiales ex intentione conſtituentium perſonales ſiunt, ut *C. ſeq.* Hoc probat mihi *L.* 5. §. 1. *h.* t. ubi primo generatim ius hauſtus pecoris dicitur in alieno eſſe non poſſe, & *in ſeqq.* tractatur, quatenus eiuſmodi ſervitus (ſcilicet prædialis, quæ in ſpecie ſic vocatur, vid. *ſupra C.* 5. *Not.* 3.) valeat. Unde apparet priorem definitionem latius patere. Sed hæc declaranda ea *C.* 2. *ſupra h. Lib.* Vicinitas ſcilicet ea requiritur, quæ ſi abſit uſum ſervitutis impediret. Quomodo enim etſi virtus perſonalis ſit, vel pecus meum aquam ex tuo ſonte haurire, vel illud per tuum prædium ad ſontem vel fluvium appellere, vel uvas, frumenta, legumina exprimenda areæ tuæ inſerre potero, niſi iuxta *d. C.* 2. aut contiguum agro tuo prædium habuero, aut intermedia loca id non prohibeant. Quis etiam cretæ exemptæ, calcis coctæ, arenæ effoſſæ uſus mihi erit, ſi ob eadem impedimenta, efferre vel evehere non licebit. Immo qui alias, vel exemptum, coctum, effoſſum ire potero? Niſi ſi quis dixerit ſervitute tali perſonæ conſtituta etiam aditum præſtandum, arg. *L.* 1. §. 1. *Si uſ. pet.* & eorum quæ *ſupra Not.* 4. *ad Lib.* 10. *Cap.* 7. Sed cogitet is quam non conveniens ſit, illi cui levius forte ius conceſſum, acceſſionis vice tribui aliud eiuſdem generis, pluris plerumque conſtitutum vel plus damni allaturum debitori ſervitutis, quam ipſa principalis ſervitus. Uſusfructus diverſa ratio qui omne emolumentum rei continet. Atque his ſit aſſerta receptæ lectionis *d. L.* 14. §. *ult.* ſententia. Quæ ſi non facient palato lectoris, ſtudium tamen is animumque conſiderans, bonam horam non inaniter collocatam iudicabit.

Digitized by Google

dii, quæ tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquantur. Quare omnino neceſſe eſt ita eum ſcripſiſſe, aquæ hauſtum, ut pecoris ad aquam appulſum eſſe ſervitutem, id eſt, ſervitutem prædii, ut ſervitutis verbum ſpecialiter paſſim nſurpatur. Ab eodem Ulpiano præſertim in *L.* 3. in pr. *L. ergo*, in fin. *D. de ſerv. ruſt, præd.* Atque hinc etiam aliud vitium in ipſa interpunctione eius loci obſervandum eſt. Legitur enim totus uno contextu. Quod non ita faciendnm eſt. Alioqui rationes ſubiectæ duæ præcedentibns non cohærebunt. Quæ res totum locum prope in acceſſum reddidit. Illa verba, *nam & hauſtus aquæ*, & quæ ſequnntur uſque ad illa extrema, *hæc enim aqua*, legenda ſunt per parentheſim. Ratio autem poſterior, quæ hanc parentheſim excipit, ad principium reſponſi referenda eſt. Membra autem ita diſtincta habent hanc ſententiam. Subiicitur prior illa ratio recte per parentheſim. Subiicitur enim obiter non confirmandi propoſiti reſponſi cauſſa, ſed confirmandæ obiectionis, quam Ulpianus poſuerat, ne temere hanc ſibi oppoſuiſſe videretur. Dixerat enim prius; *nec videri inutile eſſe fideicommiſſum, quaſi ſervitute praedii non poſſeſſori vicinae poſſeſſionis relicta*. Subiicit. *Nam & hauſtus aquae*. Quod per inde eſt ac ſi diceret: Ne quis hanc obiectionem contemnat, quaſi non ſit neceſſe ſervitutem prædii poſſeſſori vicinæ poſſeſſionis relinqui. Sententia vera eſt relinqui ita debere. Nam, ut id obiter oſtendam, & hanſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus, cuius generis aqua nunc fere proponitur, eſt ſervitus, nempe prædii, ut eſt huius verbi proprie uſus. Tamen perſonæ eius, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur. Eademque cauſſa eſt cæterarum ſervitutum, quas ſubiicio. Atque hic finis parentheſis. Qua finita reſpondet ad obiectionem his verbis, *hæc enim aqua perſonæ relinquitur*. Referri ergo debet ratio, ad ſuperius reſponſum Ulpiani, quod parentheſim præceſſerat. Eſtque hic ſenſus; recte dicebam fideicommiſſum aquæ, quod nunc proponitur, non ideo videri inutile, quia ſervitus prædii ei qui vicinæ poſſeſſionis poſſeſſor non eſt, inutiliter relinquitur. Etſi enim hoc poſterius verum eſt, ut oſtendi, tamen ad hanc ſpeciem non pertinet. Hæc enim aqua perſonæ relinquitnr. Non ergo prædio. Quod ſi non prædio, non eſt neceſſe ad hanc ſeu aquam ſeu aquæ ex ciſternis teſtatoris ſumendæ ſervitutem obtinendam, ut fideicommiſſarius prædium habeat. Proinde multo minus neceſſe, ut habeat vicinum. Quapropter nihil hic proponitur ex *d. L. Mela*, cur non aquæ hauſtus, & pecoris ad aqnam appulſus, & cæteræ quas diximus, ſint ex ſententia veterum, atque adeo Ulpiani, prædii ſervitutes.

CAP.

Digitized by Google

C A P. VIII.

Tertii generis ſervitutum ruſticorum prædiorum, in quo ſunt eæ, quæ parantur fundi noſtri exonerandi cauſſa, quæ ſpecies. Ex omnibus ſuperioribus generibus quaſdam ſervitutes eſſe promiſcuas, ut quemadmodum poſſunt eſſe prædiorum ruſticorum; ſic poſſint eſſe & urbanorum, prout ad hæc, aut illa quæſitæ fuerint. Huiuſmodi eſſe illas quatuor, Iter, Actum, Viam, Aquæductum. Omnia iura, quæ ſupra prædiorum eſſe diximus tam urbanorum, quam ruſticorum, ita prædiorum eſſe, niſi id actum ſit, ut perſonæ tantum tribuerentur. Id actum unde intelligatur.

Tertii generis ſervitutes ruſticorum prædiorum exonerandi fundi cauſa comparantur; & quæ illæ. I.

Iter, Actus, Via, Aquæductus ruſticis atque urbanis prædiis communes ſervitutes. II.

Omnes prædiorum ſervitutes ſunt etiam perſonarum, ſi id actum ſit, ut perſonæ tribuantur. III.

Actum id intelligitur aut ex verbis, aut ex genere perſonæ. IV.

Verbis: demonſtrata perſona, cui præſtari velit teſtator; & illo nominatim adiecto, ut ſoli illi præſtetur. V.

Ex genere perſonæ, ſi mentione facta ſanguinis, aut neceſſitudinis, filio, aut amico præſtetur. VI.

I. Exonerandi fundi noſtri cauſſa ſervitutes, quod tertium genus ſervitu um prædiorum ruſticorum poſueramus, vere item prædii ſervitutes habentur; utpote hactenus ad certam prædii utilitatem comparatæ. Ex hoc genere ſunt hæ ſervitutes; ut liceat aquam, quæ in fundo eſt, ſulco aperto, educere in fundum vicini. *L. qui duo*, 29. *D. de ſervit. ruſt. præd.* Ut fructus fundi noſtri in vicini villa cogantur, coactique habeantur. *L.* 3. in pr. *de ſervit. ruſt. præd.* Ut mihi, cuius lapidicinæ fundo vicini imminent, ius ſit terram, rudus, ſaxa iacere ibique poſita habere: &, ut lapides in vicinum fundum provolvantur, ibique poſiti habeantur, indeque exportentur. *ead. L.* 3. in pr. Atqui nihil horum cum in alieno factum fuerit, ad prædii noſtri utilitatem poſtea refertur. Sed ante neceſſe eſt in fundo noſtro illa haberi, & partem fundi noſtri occupare, niſi educantur. Quæ quo plura erunt in fundo, eo minus libere & commode fundo noſtro utemur. Vel hoc ipſum igitur ex fundi utilitate, ut fundus his liberetur, quo futurum eſt, ut fundo liberiore uti liceat.

II. Unum ex his genus eſt commune tam prædiis urbanis, quam ruſticis. Earum ſervitutum ſcilicet, quæ acceſſum habent ad noſtrum; puta iter, actus, via, aquæductus. Hæc per alienum ut fundum, ita aream nobis cedi poſſunt, non tantum ad fundum, ſed & ad ædes noſtras, ut ſervitus ædibus debeatur, ſitque ea ſervitus urbani prædii. *L. ſervitutes*, §. 1. *D. de ſer. urb. præd. L. iter, D. com. præd.*

III. Sed quod ad omnes ſervitutes prædiorum diligenter præcipiendum & tenendum ſit: hoc loco monendi ſumus, ita ſuperiora iura eſſe prædiorum ſervitutes, niſi id actum ſit, ut perſonæ tantum tribuerentur. Quod ſi actum erit, etiam ſi omnia natura rei ad ſervitutem prædii concurrant; perſonæ tamen ſervitutes erunt, non prædii: eoque ad alias perſonas non tranſibit ſervitus. *L.* 4. *D. de ſerv. ruſt. præd.*

IV. Perſonæ ius datum, partim intelligitur ex verbis ipſis conſtitutæ ſervitutis, partim ex genere perſonarum colligitur.

V. Intelligitur ex verbis, cum, ut loquitur Papinianus in *d. L.* 4. eod. *teſtator*, qui legavit ſervitutem, *perſonam demonſtravit, cui ſervitutem præſtari voluit. Cui voluit præſtari* ſic accipe, μόνῳ, cui voluit ſoli, nominatim hoc adiecto ut perſonæ demonſtratæ ſolum vellet præſtari. Non autem hanc ſignificationem habet, ut ſi cui certæ perſonæ nomine ſuo demonſtratæ, puta Titio, teſtator iter per fundum ſuum legaverit, ideo hæc non ſit ſervitus prædii. Alioqui cum nomen fideicommiſſarii ſemper demonſtrari oporteat: *L.* 4. *D. de reb. dub.* eveniet, ut ſervitute prædii utiliter legata, nunquam tamen ſit ſervitus prædii, ſed perſonæ, quia dicetur perſona legatarii ſeu fideicommiſſarii eſſe demonſtrata. Erit igitur perſonæ

næ ſervitus, cum teſtator ita legavit: Titio actum per fundum meum Tuſculanum præſtari volo, dum ſciat ſoli ſibi datum, non aliis. At hoc modo erit ſervitus prædii, cum ſimpliciter ita legat; Titio iter per fundum meum do lego, ſeu præſtari volo, quanvis Titii nomen expreſſerit. Nam & pacta in perſonam eſſe dicuntur, cum paciſcor, ne a Titio dumtaxat petam: in rem autem & generaliter ad omnes pertinentia, ſive paciſcor generaliter, ne petam; ſive paciſcor, ne a reo petam, nulla addita particula taxativa. Nam & hoc caſu non minus heredibus cautum intelligitur, niſi aliud actum eſſe contra probetur. *L. iuriſgentium*, §. *pactorum*. *L. niſi*, *D. de pact.* *L. ſi pactum*, *D. de prob.* Quod in leganda ſervitute multo magis intelligendum eſt; ubi legatarii nomen legati conſtituendi cauſſa neceſſario additur, non aliarum perſonarum excipiendarum gratia. Quod cum fit in pactis, conſtat ne tunc quidem pactum eſſe perſonale, *d. L. iuriſgentium*, §. *pactorum*, in fin. *de pact.*

VI. Ex genere perſonarum ius perſonæ datum colligitur, cum pro affectu ſanguinis, neceſſitudinis, amicitiæ, ſervitus alicui conſtituta eſt liberalitatis cauſſa. Quod fit, cum filio, cognato, amico ſub hac ipſa coniunctionis & affectus demonſtratione ius alicui datum eſt: veluti, cum pater filiæ iter per domos hereditarias præſtari voluit. Quo caſu idem Papinianus reſpondit iter ad heredem non tranſmitti, addita ratione, quæ ad omnem ſimilem affectus cauſſam pertineat; ne, inquit, quod affectu filiæ datum eſt, hoc & ad exteros eius heredes tranſiiſſe videatur. *L. pen. D. de ſerv. leg.*

C A P. IX.

De acquirenda prædii ſervitute. Acquiri tunc, cum recte conſtituta eſt. Conſtitui Natura, aut Externo facto. Natura in una ſpecie, & qua. Extra hanc non conſtituta externo facto ſervitute, res omnium dominorum eſſe liberas, ut & in his quidvis dominus facere poſſit invito vicino, etiam cum incommodo eius, dum in alienum nihil immittat: & neminem in ſuo quid facientem cogatur pati. Utrumque præter quam ſi quid iure publico excipiatur. Id quibus in cauſſis, & quam paucis fiat. Tunc privatim iſta minui cum externo facto ſervitus erit conſtituta. Conſtitui hoc facto partim aliena conſtitutione, partim uſu & poſſeſſione noſtra. Conſtitui aut a iudice, aut a privatis. A iudice, ubi. In privatorum iuſta conſtitutione tria ſpectari, Perſonam conſtituentis, Perſonam acquirentis, & Conſtituendi modum. Ac de perſonis tum conſtituentis, tum acquirentis.

Tranſitio, methodus, & propoſitum auctoris. I.
Non poteſt eſſe ſervitus, niſi prius couſtituatur; nec acquiri aut haberi, niſi conſtituta. II.
Conſtituitur ſervitus aut natura, aut facto. III.
Natura una ſervitutis ſpecies dumtaxat, & quæ. IV.
Res omnes natura liberæ. Duæ libertatis partes. V. VI.
Ut quidvis in re ſua dominus facere poſſit, niſi quatenus vetet ius publicum. VII.
Ut nihil ab alio immiſſum factumve in ſuo, etiam a ſocio; nec quemvis ibi verſantem cogatur pati. VIII. IX.
Facto conſtituitur ſervitns ant noſtro, aut alieno. Quale utrumque. X.
Aliena ſervitutis conſtitutio eſt aut Iudicis, aut privati. XI.
Iudex ſervitutem couſtituit iu tribus iudiciis: quæ illa: & quatenus, & quando conſtituat. XII.
Privati conſtitutio conſtat perſona conſtituentis, & acquirentis, & conſtituendi modo. XIII.
Perſona conſtituentis eſt prædii dominus, & quidem ſolus. XIV. XV.
Non in re communi ſocius. XVI.
Secus iu uſufructu; & Quare. XVII.
Niſi tamen rei communis conſtituatur ſervitus a dominis ſimul & eodem tempore; aut ſi diverſo: ea tamen lege, ut poſterius cedens perinde habeatur, ac ſi cum prio-

Digitized by Google

priore ceſſerit: quod quale ſit, explicatur. XVIII.

Quid: quando duo ſeparatim legant rei communis ſervitutem. XIX.

Quid: quando ceſſio aut non ab omnibus dominis facta, aut ab omnibus: ſed non ita, ut perinde ſit, ac ſi omnes eodem tempore ceſſerint: an ſit utilis adverſus eos qui ceſſerunt, & quatenus. XX.

Acquirentis ſervitutem eadem plane conditio idemque ius, quod conſtituentis. Et hoc quale ſit, exponitur. XXI. XXIV. XXV.

Contrariis occurritur. Et ſervitus conſtituta, aut quaeſita ſepulcro, & futuro ædificio defenditur: illa quo iure ſit: hæc quatenus conſtitui, & acquiri poſſit, explicatur. XXII. XXIII.

Acquirere & imponere ſervitutem poſſunt Emphyteuta & ſuperficiarius, & quo iure. XXVI.

An idem duorum prædiorum dominus poſſit uni ex duobus prædiis imponere, & alteri acquirere ſervitutem; & quatenus. XXVII.

I. His de ſervitutibus prædiorum cognitis, habemus, quod de re propoſita initio conſtituendum fuit, non ſolum quid ſit in univerſum ſervitus prædii: ſed etiam cum ad ſpecies ventum eſt, quæ ſint ſpecies eius generis. Quorum prius definitione, poſterius diviſione ſervitutum huius generis effectum eſt. Quibus tamen rebus hoc uſque adhuc aſſequimur tantum, ut norimus, quæ res pro ſervitute prædii eſſe poſſint: at non illud etiam, ſervitutem eſſe natam, quam quærimus. Deeſt hoc etiam nunc ad ſervitutem efficiendam, ut quæ res Iure pro ſervitute prædii eſſe poteſt, etiam recte ad eum uſum conſtituatur. Quam ideo & quartam cauſſam ſervitutis huius generis ſupra poſuimus tanquam ſervitutis efficientem. Et recte: nam cæteræ res ante eſſe poſſunt, quam alteri acquirantur. Servitus prædii non prius, quam fuerit conſtituta, id eſt, uni prædio impoſita, & alteri prædio quæſita, ut definitione complexi ſumus. Supereſt igitur in his cauſſis, ut de hac conſtitutione cognoſcamus. Quod extremo loco faciendum eſſe mihi ideo præſcripſi, non ſolum quia hæc conſtitutio ſervitutem perficit; ſed etiam quia eadem opera docet, quomodo fiat, ut ſervitus ipſa nobis haberi incipiat, ſive quomodo acquiratur.

II. Sit ergo hoc primum nobis poſitum, ſervitutem prædii non prius exiſtere, & a nobis haberi, quam recte ſit conſtituta. De conſtituendi ratione ita ſcriptum eſt in *L. via, D. de ſervit.* huius generis ſervitutes, ut viam, iter, actum, aquæductum iiſdem fere modis conſtitui, quibus & uſumfructum conſtitui diximus. Recte fere. Non enim modi etiam generibus ipſis per omnia conveniunt. Quod ſi etiam ſingulorum generum partes ſpectabimus, tum vero multis modis harum ſervitutum conſtitutionem diſtare reperiemus. Quamobrem de hac conſtitutione in hoc genere neceſſario ſeparatim dicendum eſt.

III. Conſtituitur ſervitus prædii in alieno partim natura, partim externo facto.

IV. Quæ natura conſtituatur, una [1] eſt. Ea eſt, quam inferior fundus ſemper debet ſuperiori, ut natura profluentem aquam excipiat; ſtatu fundorum ita natura comparato, ut hoc incommodum naturaliter patiatur inferior a ſuperiore. Quam ſervitutem ne inferior moleſte ferat, ſic res ad æquitatem eiuſdem naturæ revocatur, ut iubeatur inferior ager hoc incommodum compenſare cum alio commodo. Nam & ad eum omnis pinguitudo terræ decurrit per aquam. Æquum igitur, ut & aquæ incommodum ad eum defluat. Hæc ad illam ſententiam Ulpianus in *L. 1. §. pen. & ult. D. de aq. plu. arc.*

V. Extra hanc ſervitutem nulla res ſervit natura: ut ſi qua ſervitutem debet, neceſſe ſit externo aliquo facto ſervitutem eſſe conſtitutam. Id ita plane intelligetur, ſi ante omnia ſtatuerimus, quod res eſt, & multis argumentis rerum huc ſpectantibus comprobatur ſub titulis huius argumenti, omnes res privatas, cum a ſuperiore ſervitute aquæ profluentis diſceſſeris, natura ac iure publico dominis ſuis eſſe liberas. Quod licet cernere in ſingulis partibus huius libertatis.

VI. Conſiſtit enim hæc libertas duabus in rebus, ut initio diximus in definitione ſervitutis: Una, ut liceat domino quidvis facere in re ſua, dum in alienum nihil immittat. Altera, ut nihil ab alio immiſſum in ſuum aut proiectum, neminem in ſuo conſiſtentem, aut verſantem cogatur pati, ſed poſſit iure prohibere. VII.

[1]) De qua P. Greg. 4. *Synt* 17. Sed Duar. *de Op. nov. nunc. C. 3. f. 585. & ad L. 5. §. 9. eod. tit.* hanc ſervitutem non eſſe huius loci, nec de ea ICtos tractaſſe, dum materiam ſervitutum expoſuerunt, ſed de impoſita.

VII. Prius certum eſt, unumquemque poſſe in ſuo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſerv. vind.* Idque uſque adeo conceſſum eſt, ut liceat etiam cum incommodo vicinorum, puta ædificare, quanvis officiamus eo facto luminibus vicini: nedum ea re prohibeamur, quia offecturi ſimus eius proſpectui, aut ſoli libero, vel vento ad perflatiles ædes efficiendas accommodato. *L. cum eo*, *D. de ſervit. urb. præd. L. altius*, *C. de ſervit.* Aperire puteum in noſtro, quanvis [2] venas putei vicini præcidamus. *L. Proculus*, *D. de damn. inf.* Quæ tamen poteſtas in ædificiis interdum iure publico pro utilitate publica temperatur. Quod duabus in cauſſis receptum eſt, ut ſupra docui in ſervitute altius tollendi. Nonnunquam enim lege civitatis certus modus altitudinis ſtatuitur ædificiis. Ac ſupra hunc iure publico ædificare non licet invitis vicinis, alioqui intra cum modum ſemper liberum. *L. qui luminibus*, *L. cum eo*, *D. de ſerv. urb. præd.* Conſtitutione autem Iuſtiniani perpetua & omnium locorum communi non licet in ſuo ædificare ex adverſo areæ vicini, ſi area [3] ad terendum & ventilandum frumentum comparata ſit, & ædificio ventus auferatur ad eam purgationem neceſſarius. *L. ult.* §. *ult. C. de ſervit.*

VIII. Poſterius item non minus certum, nulli licere quidquam in alienum immittere; nulli in alieno verſari. Quidquid horum in alieno contra fiat, dominum non cogi pati, ſed iure ſuo poſſe prohibere. Ac de immiſſione ius late patet, nulli ut liceat ex ſuo quidquam in alienum emiſſum habere: non tignum immiſſum, non proiectum: atque adeo non immittere aquam, non fumum camino, aut tubulis in alienum apertis. *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſervit. vind.* Plus dicimus: etſi paries meus ſit in meo, ſi tamen ita ventrem faciat, ut in vicini domum ſemipedem aut amplius procumbat: placet vicinum non cogi id ita proiectum pati, & poſſe cum mecum ita agere, ius non eſſe parietem ita proiectum in ſuum eſſe invito ſe. *L. ſi quando*, in pr. *D. ſi ſerv. vind.* Ad hanc ipſam partem libertatis rei noſtræ referri debet, quod ſub *Tit. de ſervitutib.* toties legimus de iure ſocii in re communi; ſocium videlicet in re communi nihil poſſe facere invito ſocio: ſi faciat, ſocio prohibendi ius eſſe / *L. in re communi*, *D. de ſervit. urb. præd. L. an unus*. *D. ſi ſer. vind.* Non parietem communem demoliri, non reficere, *L. parietem*, *de ſervit. urban.* non aperire luminis immittendi cauſſa: *L. eos. eod.* non iuxta parietem communem quidquam habere, ſive cohæreat, ſive admoto, paries corrumpatur, ut ſunt exempla in *L. quidam, tota*. *L. fiſtulam. tota. eod.* Quæ ideo prohibentur, quia qui iſta in re communi facit, non ſolus dominus eſt. Hæc enim ratio redditur in *d. L. parietem. eod.* Qua non aliud ſignificatur, quam fieri iſta etiam in alieno, ibique immiſſa aut poſita haberi; quod neminem in ſuo pati debere ſupra diximus, idque ius eſſe libertatis rei noſtræ in re quaque. Itaque ſi quis roget, quid pertineat ad hunc tractatum de ſervitutibus, quærere de iure ſociorum in re communi, quod potius ad obligationem & iudicium communi dividundo referri debeat, ut & hoc tractatum eſt in *L. Sabinus*, *D. com. divid.* in promptu eſt ex iis, quæ modo dixi, quid reſpondeamus. Nempe huc pertinere, ut ſtatuatur ea libertas, quam cuique eſſe diximus in re ſua, ne quid ab alio immiſſum, proiectum, factum in ſuo pati cogatur. Nam ſi ne uni quidem ex ſociis, cuius pro parte res eſt, facere quidquam licet in re communi invito ſocio, & ſocio ut in re ſua prohibendi ius eſt: facile hinc intelligitur, multo minus in re penitus aliena quidquam facere licere, multoque minus eum, qui ſolus dominus ſit, id pati cogendum. Hinc fieri, quod poſuimus, ut ab hac neceſſitate iſta patiendi res noſtræ omnes, etiam quæ pro parte noſtræ ſint, ſint liberæ. Qua tamen in parte ſimiliter ut in ſuperiore, aliquando imminuitur hæc libertas iure publico utilitatis publicæ cauſſa. Quod fit in ſtillicidiis ædium. Interdum enim lex & ſtatus publicus ædificiorum ita eſt, ut liceat cuique civi ſtillicidia ædium ſuarum in alienum obverſa habere, quæ & vicini mutuo recipere cogantur. De quo dixi in ſervitute ſtillicidii non recipiendi.

IX. Atque ut in alieno ædificare quid, aut moliri, aut poſitum habere non licet invito domino: ſic ne illud quidem, invito eo in alieno verſari, aut conſiſtere.

Quo

2) Modo tamen id principaliter faciat ad commodum ſuum, nec ad æmulationem vicini, & tantum ut illi noceat *L.* 1 §. 12. *de aq. Pl. arc. L.* 3. *de op. pub.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 8. adde *N.* 2. *ad Lib.* 9. *C.* 9.

3) Etſi non conſtituta fuerit ſervitus non arcendi ventum ab area, ut Hugolinus contra Ioan. & Azonem, ref. Hotom. 8. *Obſ.* 20. *in fin.*

Quo rurſum referri debet illud, quod eſt in *L. Divus, D. de ſer. ruſt. præd.* non eſſe æquum in alienis prædiis invitis dominis venari aut aucupari. Quo maxime ſuperior libertas ab uſu rei noſtræ prohibendi omnes confirmatur. Nam ſi quidquam in alieno agro licere debuit invitis dominis: id erat aucupari, aut feras beſtias in eo veoari: quippe quæ iure gentium fiant occupantis, quiſquis eas cœperit, & quidem ita, ut nihil interſit, in ſuo quis cœperit, an in alieno. *L. 3. D. de acquir. rer. dom.* Quare ſi oe hoc quidem nomine ius eſt in alieno verſari invitis dominis: perſpicuum fit multo minus alia de cauſſa licere in alieno conſiſtere, aut verſari. Quorſum ergo hæc omnia hoc loco de iure domini in re ſua, vel ut quidvis facere poſſit in ſuo, vel ut ne quid ab alio immiſſum, factum in ſuo, neve quem ibi verſantem pati cogatur? ut intelligamus, quod dixi, una illa excepta ſuperiore ſervitute aquæ ex ſuperiore fundo profluentis recipiendæ, cæteris partibus omnes res natura dominis ſuis a ſuperioribus oneribus aliorum eſſe liberas. At quorſum hic de libertate rerum, ubi inſtitutus eſt ſermo de ſervitutibus, & his conſtituendis? Plane ad rem, de qua quæritur. Nam ſi omnis res noſtra libera eſt natura, cum ut poſſumus in re quidvis facere, tum ne in ea alium facientem pati cogamur: relinquitur, ut res noſtra aliis ſerviat, vel ut aliena nobis, non fieri niſi externo aliquo facto conſtituta ſervitute. Idque eſt, quod ſupra poſuimus, una tantum in ſpecie aquæ profluentis ex alieno recipiendæ ioferius prædium, & id quidem ruſticum ſuperiori ruſtico ſervire: cæteris omnibus aliis in rebus ſervitutem aliunde comparatam eſſe oportere.

X. Sed ut non niſi externo facto conſtituitur ſervitus: ita hoc modo conſtitui certum eſt. Conſtituitur autem boc modo partim alieno facto, partim noſtro. Alieno, dum alius pro iure ſuo conſtituit. Noſtro, dum uſu & poſſeſſione noſtra nobis acquirimus, uno verbo uſucapimus. Neque quiſquam in hac uſucapione conſtituendi verbum repudiet. Etſi enim non conſtituitur proprie, quæ a oobis uſucapitur: tamen uſu quæſita, iure pro impoſita & conſtituta babetur. *L. 1.* in fin. *D. de aq. plu. arc. L. hoc iure, §. ductus, D. de aq. quot. & æſt.*

XI. Aliena conſtitutio ſervitutis ita eſt, ut is, qui ſervitutem cooſtituit. Duo ſunt, qui ſervitutis alii conſtituendæ ius habent, privatus domious prædii, & interdum iudex.

XII. Iudicis conſtitutio in hoc genere expeditior eſt, Ideo prius de ea dicemus. Poteſt iudex ſervitutem conſtituere ſolum in iudiciis diviſoriis, familiæ erciſcundæ, & communi dividundo: cum ſcilicet in dividendis pluribus prædiis unum uni adiudicat, alterum alteri. Tunc enim ſi in his prædiis aliquod ſervitutem ab altero deſiderare videbitur ad commoditatem diviſionis; veluti ut per unum ire agere liceat ad alterum; ut ab uno liceat quid immittere in aliud; ot ne per unum alterius luminibus officiatur: poteſt iudex unum alteri ſervum facere, id eſt, unum ita adiudicare, ut alteri prædio, quod adiudicatur alteri, illam aut illam ſervitutem debeat, uti res poſtulare videbitur. Et notandum, id tum iudicem facere poſſe, cum utrumque prædium adiudicat. Quod ſi unum prædium uni pure & ſimpliciter adiudicaverit, aliud poſtea adiudicando amplius ſervitutem imponere non poteſt. Hæc ſumma huius conſtitutionis, quam cognoſcere licet ex *L. item Labeo, §. 1. D. fam. erc. L. ut fundus, D. com. divid.*

XIII. Privati conſtitutio tribus rebus conſtat; perſona conſtituentis; perſona acquirentis; & conſtituendi modo. Sic enim hæc conſtitutio ſervitutis prædii rata eſt, ſi conſtituta ſit ſervitus a quo oportet, cui oportet, & quomodo oportet.

XIV. In perſona conſtituentis hoc quæritur, ut is ſervitutem conſtituat, & imponat prædio, qui prædium habet, ut eſt in *L. 1. D. commun. præd. §. ideo, Inſt. de ſervit.* id eſt, ut qui conſtituit, ſit [4] prædii dominus. Hoc enim eſt, quod aliis verbis traditur a veteribus, neminem alieno prædio, ſeu ædibus, ſeu fundo imponere poſſe ſervitutem. *L. ſi quis duas*, 5. in fin. pr. *L. ſi cum duas*, 8. *com. præd.* Ex quo eſt, quod placet monumento ſervitutem imponi non poſſe, ne ab eo quidem, cuius eſt ſepulcrum; veluti ut ad certam altitudinem monumentum ædificetur; ut certus numerus hominum io uno loco humetur. *L. 4. com. præd.* Quippe monumentum res religioſa eſt. Res religioſæ non ſunt in bonis noſtris. *L. in tantum, §. ſacræ, D. de rer. diviſ. d. L. 4.* Quibus conſequens videri poterat, ut nec poſſit quiſquam ædificio ſuo futuro imponere ſervitutem; quia futurum ædificium

nemo

4) Quid de eo qui proxime dominus futurus; & an heres rei legatæ, maritus rei dotalis, fructuarius &c. & de ſimilibus, vid. Cæpolla *de Servit. urb. C. 14.* & Ant. de Padilla *ad L. 3. C. h. t.*

nemo habeat, nemo futuri ædificii ſit dominus: eum futurum ædificium adhuc non ſit. Unde primum nata hic dubitatio. Placuit tamen nihilominus futuro ædificio, quod nondum eſt, imponi ſervitutem poſſe. *L. ſi ſervitus*, §. *ult. de ſervit. urb. præd.* Quam hoc priori ſententiæ convenienter, merito dubitatur. Sed de eo dicemus in commune, cum dixerimus de perſona conſtituentis & acquirentis: quoniam & de ſervitute futuro ædificio acquirenda idem ius eſt, & in eo eadem dubitatio & communis.

XV. Non tantum eum qui ſervitutem conſtituit, dominum prædii eſſe oportet, ſed & ſolum dominum, non pro parte indiviſa.

XVI. Unus ex dominis prædii communis ſervitutem imponere non poteſt, ne pro parte quidem ſua. *L. 2. D. de ſervit. L. unus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Neque hoc aliunde efficitur, quam quod alienæ rei ſervitus prædii imponi non poteſt. Nam in re communi quæ partes ſociorum dicuntur, iure eſſe intelliguntur; natura partes non ſunt. Sunt enim corpore indiviſæ. *L. 5. D. de ſtip. ſervor.* Ideo inter ſe ita confuſæ, ut una eſſe non poſſit ſine altera, nemo unam attingere, quin ſimul attingat alteram. Ea res facit, ut nemo ex dominis rei communis poſſit ſervitutem imponere parti ſuæ, quin imponat ſimul & alienæ. Effectum eſt autem, neminem alienæ rei poſſe ſervitutem imponere. Quo fit, ut nec poſſit unus ex dominis imponere [5] ſuæ parti: non utique propter eam partem, ſed propter alienam, quæ onerari non poteſt. Et hoc eſt, quod aliis verbis dicitur a veteribus, ſervitutem per partes, ſeu pro parte dominii imponi non poſſe. *L. ſi quis duas*, §. 1. *com. præd.* ubi partem indiviſam rei communis accipere oportet. Nam diviſo fundo inter aliquos regionibus, poteſt quivis ex dominis ſuæ parti imponere ſervitutem. *d. L. ſi quis duas*, §. 1. *com. præd. L. ad certam, D. de ſervit.* Sive quod pars diviſa non eſt pars fundi, ſed fundus, quæ ratio redditur in *d. L. ſi quis duas*, §. 1. ſive quod in partibus diviſis non eſt periculum, ne qui ſuæ imponit ſervitutem, imponat etiam alienæ: eum partes nihil inter ſe habeant coniuncti aut commune. Tantum autem hoc nunc agitur, ne quis alienæ rei ſervitutem imponat.

XVII. Hoc aliter obſervatur in uſufructu. Is pro parte non tantum diviſa, ſed & indiviſa recte conſtituitur. *L. 5. D. de uſufr.* Id eſt, etiam in re communi pro indiviſo unus ex dominis recte pro parte ſua uſumfructum conſtituit alii, ut fructuarius concurrat in partem uſufructus cum cæteris dominis rei communis. Atqui hic eadem obſtare videtur partium rei communis coniunctio. Sive enim in re communi imponitur ab uno ex dominis ſervitus prædii; ſive imponitur uſusfructus, qui eſt ſervitus perſonæ: ſemper partes rei communis eædem ſunt, id eſt, indiviſæ; eoque inter ſe ita coniunctæ & confuſæ, ut non poſſit in una quidquam fieri, quin fiat ſimul in altera. Sed ea res non impedit, quominus & in parte ita indiviſa & corpore confuſa conſtituatur uſusfructus. Hic enim non res, in qua conſtituitur ſervitus, diſſimilitudinem facit, ſed ſervitus conſtituta. In utroque genere ſervitutis ſemper partes rei communis ſunt indiviſæ eodem modo: ſed uſusfructus, qui conſtituitur, res dividua eſt, & quæ pro parte etiam indiviſa prædii dividi poteſt: ſervitus prædii res [6] indiviſa, quæ ut partes rei communis ſunt Indiviſæ: ſic & ipſa in ſeſe diviſionem non recipit. Hoc eo fit, quod uſusfructus progreditur ad fructus percipiendos; atque adeo in his percipiendis omnis eius utilitas conſiſtit. Porro hi fructus inter ſocios pro numero perſonarum etiam corpore poſtea dividi poſſunt. Quare merito propter utilitatem dividuam, quæ inde percipitur, etiam uſusfructus ipſe dividuus habetur. Propter hanc enim utilitatem eſt uſusfructus. At ſervitus prædii conſiſtit ſolum in uſu, eoque ipſo conſumitur, nihil relinquens corporale poſt uſum, quod poſſit corpore dividi inter ſocios. Iam vero hic uſus eſt indiviſus. Quo fit, ut ſit & ipſa indiviſa ſervitus. Ratio reddita in *L. viæ. D. de ſervit.* Uſu & commoditate ſervitutis indiviſa conſtituta, ſit locus ſuperiori ſententiæ, ut nemo unus ex ſociis ſervitutem imponere poſſit parti ſuæ, quin neceſſe ſit imponi eamdem alienæ. Quod poſterius cum

ius

5) Per partem imponi nequit ab uno ſocio, ut valeat via ad fundum pro eius parte. Quia pars illius non continetur regione certa, ſed fuſa per totum fundum, ut neceſſe ſit ſervitutem parti acquiſitam in totom fundum diffundi. Et ſervitus eſt ius in corpore; partis indiviſæ nullum ſubeſt corpus, quia non eſt, ſed intelligitur, ita Cuiac. 6. *ad Afric. in L. 32. R. P.* ſubdens hæc tantum locum habere in fundo communi, nec poſſe accommodari ad proprium. Quis enim ſanus ad prædii proprii partem, tertiam forte, pro indiviſo impoſiturus vel acquiſiturus ſervitutem, vid. & Hot. 7. *Obſer.* 5.

6) Ita & Govean. vid. *N.* 5. *ad Lib.* 20. *C.* 24. aliter Hot. 7. *Obſ.* 5. *pr.* quia fundus partim liber, partim ſervus eſſe non magis poſſit qoam homo, cuius ſtatus individuus *L. 9. de Lib. Ca.* vid. Eg. Baro *Lib.* 2. *de divid. & indiv. oblig. C.* 2.

ius non concedat, etiam prius admitti oportuit, ne liceat etiam ſuæ imponere.

XVIII. Quod tamen dicitur unum ex dominis rei communis ſervitutem imponere non poſſe, nec pro parte ſua; ſic accipiendum eſt, ſi ſolus conſtituat. Diverſum eſt, ſi omnes conſtituant ſervitutem. Et quidem ſi ſimul & eodem tempore cedunt omnes, convenit recte conſtitui non ſecus, quam ſi unus propriis ſuis ædibus ſervitutem imponeret. *L. ſi quis duas*, §. *item ſi duo. D. com. præd.* Merito: ſic enim fit, ut omnes imponant ſervitutem non alienæ parti, ſed ſuæ: & præterea imponant eodem modo, quo fieret, ſi unus rei propriæ imponeret ſervitutem. Hic enim imponeret ſemel, & eodem tempore. Nunc autem & hic plures conſtituunt eodem tempore. Quod ſi omnes ſeparatim & non pariter cedant: receptum hoc quidem, dum placet, quandiu poſteriores non cedunt, priores ceſſiones pendere: poſterioribus autem cedentibus, noviſſima [7] ceſſione ſuperiores omnes confirmari. *L. per fundum, D. de ſervit. ruſt. præd.* Sed receptum hac lege, quæ explicatur a Paulo in *L. ult. D. com. præd.* ut, poſteriore cedente, perinde ſit, atque ſi eodem tempore omnes ceſſiſſent. Id autem ille fieri docet ad hanc ſententiam, ut velit quædam ſpectari in perſona prioris cedentis; quædam in perſona poſterioris. In eo qui prius ceſſit, hoc exigi, ut tempore poſterioris ceſſionis ſit vivus adhuc, & partem ſuam veterem obtineat. Sic enim fit, ut cum hæc concurrent, poſſit rurſum eodem tempore ſervitutem cedere, ſi velit. Quod cum eſt, non exigimus ab eo, ut cedat, quod iam fecit: non exigimus, ut cedat eodem tempore, quia cum poſſit id facere, non prohibet natura, quominus id ita factum fingamus, & , ut propius ad Pauli conditionem accedamus, nihil prohibet, quominus perinde habeatur, atque ſi iterum factum eſſet. Unde merito in hac facultate iterum cedendi, remiſſum ei ait, ne nunc iterum cedat, quod conſtat etiam nunc ab eo per naturam fieri poſſe. Quod ſi prior iſte aut ante defunctus eſt, aut vivus partem ſuam alienavit: poſteriore ceſſione non conſtituetur ſervitus, niſi novi domini, qui priori ſocio ſucceſſerunt, iterum cedant: quia non poteſt prior natura perinde haberi, quaſi tempore prioris ceſſionis ceſſiſſet, cum eo [8] tempore, etſi vellemus, cedere ſervitutem non poſſet. In perſona eius, qui poſtremus cedit, hoc exigit, ut is idem ſit, qui fuit tempore prioris ceſſionis, & eamdem partem retineat. Nempe quia ita fit, ut & hic poſterius cedens perinde poſſit haberi, quaſi & tempore prioris ceſſionis ipſe quoque ceſſerit, cum & tum potuerit, & nunc cum eodem priore poſſit. Quod ſi idem vel defunctus ſit poſtea, vel partem ſuam alienarit: novi domini eius partis eamdem ſervitutem poſtea cedendo, nihil agunt, niſi prior qui prius ceſſerat, iterum cedat: quia is non poſſit videri ſimul cum his poſterioribus ceſſiſſe, qui tempore prioris ceſſionis cedere non potuerunt.

XIX. Quod in duobus ſociis, qui ſeparatim cedunt, hoc in duobus qui ſeparatim legant ſervitutem, evenerit; ut ſi [9] pariter eorum adeatur hereditas, utiliter conſtituatur ſervitus: quaſi ſcilicet ambo eodem tempore conſtituerint. Si diverſis temporibus, nullum ſit legatum. Nec enim, inquit Paulus, ſicut viventium, ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt. Intellige in hac ſpecie, cum in his, qui ceſſerunt, & tempore poſterioris ceſſionis vivunt, poſſit is, qui prius ceſſerat, adhuc redire, & eamdem ſervitutem cedere. Quod non item in iis, qui ſervitutem legarunt, & defuncti ſunt, dici poteſt: ubi qui prior deceſſit, nunquam eveniet, ut cum poſterioris legati dies cedet; poſſit redire, ut eodem tempore cum poſteriore conſtituat ſervitutem. Hæc ſententia eſt *d. L. ult. D. com. præd.*

XX. Etſi autem non imponitur ſervitus prædio communi ulla ex parte, cum unus ex dominis tantum ceſſit ſervitutem, aut ceſſerunt quidem omnes, ſed non ita, ut perinde ſit, quaſi omnes eodem tempore ceſ-

7) Quod ex æquitate uſo fori receptum, ut per tuitionem prætoris fidem in pactionibus datam ſervantis ſervitus ſuſtineatur, contra mei iuris rationem, qua ſtipulatio non ex incerto futuri temporis eventu vires capit, ſed ex præſenti tempore ac ſtatu. *L.* 137. §. 6. *in fin. de V. O.* Et ultima ceſſio æque ac prima infirma eſt, nec igitur priorem confirmat, quia nec imponit cedens ſervitutem pro parte ſua, cum ſervitus ſit individua, nec pro parte ſocii ſimul; cum alterius conditio deterior per alium reddi nequeat. Hot. 7. *Obſ.* 1. vid. & Io. Superior *in L.* 2. *de ſervit. n.* 8. A. Fab. 19. *Coniect.* 16.

8) Noviſſima enim ceſſio non retroducitur ad priorem, ſed prior ad poſteriorem. Et fingitur qui prius ceſſit, etiam tempore noviſſimæ ceſſionis cedere. Neceſſe eſt igitur ut ſuperſtes in eodem ſtatu permanſerit, ne fictio ſit monſtroſa aut impoſſibile contineat. Hot. 7. *Obſ.* 2. §. A. Fab 19. *Coniect.* 16. Non retrofictio hic ſed fictio, quæ priores fictiones tantiſper in ſuſpenſo retentas in tempus ultimæ ceſſionis protrahit. Facilius finguntur omnes ceſſiſſe tempore quo nemo ſupereſt qui iam non ceſſerit, quam quo nemo, excepto uno, ceſſit. Accedit quod ſit in poteſtate noviſſime cedentis, an ceſſio prioris valere debeat. Superior *in L.* 2. *de ſer. n.* 8. Rurſus igitur ſi in prioris locum alius ſucceſſit, pendebit noviſſima ſucceſſio, dum novus ſocius, prioris ſucceſſor cedat.

9) De quo & cur magis requiratur ut utrinſque hereditas pariter adeatur, quam ut pariter uterque decedant, vid. A. Fab. 19. *Coniect.* 16.

Digitized by Google

ceſſiſſent: tamen priorum ceſſio non plane eſt inutilis. Non prodeſt ad ſervitutem conſtituendam. At prodeſt adverſus eos, qui ceſſerunt, ut pro recte conſtituta habeatur. Quos placet vetare nos uti ceſſo iure non poſſe. Hoc enim benignius dici Celſus ſcribit in *L. per fundum, D. de ſervit. ruſt. præd.* Nempe propter conventionem, quam æquum eſt ex generali edicto ſervari adverſus eos, qui pactione conſtituerunt ſervitutem. *L. iuris gentium §. ait. D. de pact.* Quid ergo, ſi qui prius ceſſerant, prohibeant nihilominus nos ceſſo iure uti? Quomodo conſequemur ne impediant? Non utique actione in perſonam, qua petamus ſervitutem nobis dari. Non enim hic de danda & conſtituenda ſervitute nunc agitur, ſed de ceſſa & conſtituta obtinenda. Ergo ſervitutem ceſſam adverſus eos qui ceſſerunt, ſi nos impediant, vindicabimus, tanquam ab iis recte conſtitutam. Sic enim in rem actio eſt de ſervitute nobis iure quæſita. *§. æque, Inſt. de act.* Dicent non recte vindicari, quia iure non ſit conſtituta. Sed cum conſtet eos ceſſiſſe; neceſſe erit ipſos vinci, niſi aliquid adferant, cur conſtitutio non valeat. Erit igitur hæc exceptio, ut dicant ſe quidem ceſſiſſe: ſed nondum alios ſocios. Ad hanc vero exceptionem parata eſt [10] replicatio pacti & doli mali, qua exceptio infirmetur; ut dicamus, at vos ceſſiſtis, & voluiſtis recte conſtitutam ſervitutem, ſive alii ceſſerint, ſive non ceſſerint. Conventioni veſtræ vobis ſtandum eſt. Replicatio ex edicto generali de pactis ſumpta, quo placet pacta omnia de re privata inter aliquos valere ſaltem ad exceptionem. *L. iuris gentium, §. ſed cum nulla, D. de pact.*

XXI. In acquirentis perſona idem ius per omnia, quod in conſtituente, idque inde naſcitur. Nam ut ſervitus prædii non imponitur niſi prædio; ita conſtituta, niſi prædio nón acquiritur, nec debetur niſi prædio. *L. liberto. §. ultim. D. de neg. geſt. L. unus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Ut igitur nemo poteſt imponere ſervitutem, niſi qui prædium habet, & prædii dominus eſt: ſic nemo acquirere, niſi qui item habet prædium, cui ſervitutem acquirat. *L. 1. D. com. præd. §. ideo, Inſt. de ſervit.* Quod rurſum in uſufructu non exigitur; atque adeo exigere ineptum ſit, cum uſuſfructus ſit ſervitus perſonæ, non prædii. Ut prædium habeat, qui acquirit, cum exigimus: hoc exigitur, ut ſit prædii dominus, qui prædio acquirit, ſimiliter ut qui imponit prædio ſervitutem. Idque eſt, quod generali definitione de utroque complexi ſunt veteres, cum ita definiunt, alienis ædibus, & generaliter alieno prædio neque imponere ſervitutem quemquam poſſe, neque acquirere. *d. L. ſi quis duas*, in fi. pr. *L. ſi cum duas. D. com. præd.*

XXII. Impeditur tamen hæc ſententia duarum rerum iure, ſepulcri, & futuri ædificii: quæ cum videantur a nullo domino poſſe haberi: placet nihilominus his ſervitutem acquiri poſſe. Itaque hic locus eſt, in quo oporteat de his nos admoneri, & quale id ius ſit, cognoſcere; ne aut ſuperiore ſententia decepti in his repudiemus ſervitutis acquiſitionem: aut hac admiſſa, ideo ſuperiorem ſententiam falſam putemus. Quorum utrumque ad illius ſententiæ explicationem pariter pertinet. Sepulcrum ergo rem religioſam eſſe conſtat, & quia religioſa eſt, nullius eſſe in bonis. *L. in tantum, §. ſacræ, de rer. diviſ. §. nullius, §. religioſum, Inſt. eod. tit.* Qua de cauſſa nec ſepulcro ſervitutem imponi poſſe ſupra diximus. Cur non igitur ex ſuperiore regula eadem ratione dicamus nec nos ſepulcro poſſe ſervitutem acquirere? Placuit tamen etiam poſt religionem, id eſt, poſtquam locus humatione defuncti religioſus factus eſt, ſervitutem ſepulcro acquiri poſſe: non tamen omnem, ſed tantum ſervitutem itineris ad ſepulcrum. *L. ſervitutes prædiorum, §. 1. D. de ſervit.* An quod hæc ſervitus excipienda eſt religionis cauſſa, quia alioqui ſine itinere ad ſepulcrum, nullus eſſet ſepulcri uſus? Eſt hoc quidem aliquid: atque hoc admiſſo recte hanc exceptionem ſuperiori regulæ ſubiiceremus. Sed Paulus aliter in *d. L. ſervitutes*, quia, inquit, *ſervitus itineris ad ſepulcrum privati iuris manet*; ideo & poſt religionem ſepulcri acquiri hæc ſervitus poteſt; atque adeo & domino fundi ſervientis remitti. Ea res privati iuris eſt, quæ eſt privata, & eius, cui privatim quæſita eſt. *L. 1. D. de rer. diviſ.* Non eſt autem ſervitus itineris privata, niſi quæ ſolo privato debetur; quoniam ſervitus prædii, cui inhæret, conditionem ſequitur. Ut ſi ſepulcro deberetur, eam quoque divini iuris eſſe oporteret, ut ſepulcrum, non privati. *L. via, §. ſi fundus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Significat ergo hac ratione Paulus ideo ſervitutem itineris

10) Nec enim æquum ut cuiquam liceat contra proprium factum venire eo prætextu, quod alius nondum fecerit id, quod fieri tamen poſtea poteſt. A. Fab. *d. loc.* Alter autem ſocius uſu ſervitutem prohibere poteſt, Cuiac. 6. *ad Afr. in L.* 32. *R. P.*

ris ad ſepulcrum recte acquiri, quia & hæc ſervitus rei privatæ acquiratur, non ei, quam quis non habet in bonis. Quam rationem apparet ſpectare ad removendam tacitam obiectionem, quæ ex ſuperiore ſententia naſcebatur. Quæreret enim aliquis, quomodo acquiri poſſit ſervitus ſepulcro ab eo, qui eum locum non habet in bonis: cum placeat neminem acquirere poſſe ſervitutem prædii, niſi qui prædium habeat, & ſit prædii dominus. Occurrit ille, & oſtendit nihil hic adverſus id ius fieri. Servitutem enim hanc, etſi eſt ad ſepulcrum: primo tamen acquiri rei privatæ; quo fiat, ut & ipſa ſit iuris privati. Quod & verum eſt. Intelligi enim debet in extremo ſepulcri, ſeu religioſi loci, tantum relinqui privati, quanto opus eſt ad accedendum, item ad iter conſtituendum, & acquirendum ad ſepulcrum. Quod & propter utilitatem religioſi loci admittendum eſt. Alioqui [11] privato iure ad locum religioſum accedere non liceret; atque ita inutile conſtitueretur ſepulcrum contra loci ipſius religionem atque uſum.

XXIII. Quod attinet ad futurum ædificium, quod in area noſtra paramus; eſt id quidem privatum, & noſtrum, cum exſtructum erit. Sed de futuro agitur: futurum certe nondum eſt, eoque nec dici poteſt quiſquam futurum ædificium habere aut eius dominus eſſe. Itaque non abs re quis putet conſequens eſſe ſuperiori ſententiæ, ne futuro ædificio imponi poſſit ſervitus, aut acquiri. Dices nihil hic eſſe impedimento: quoniam ſi quæ imponetur aut acquiretur futuro ædificio, ea tunc ſolum habebitur pro conſtituta, cum ædificium exſtructum fuerit. Sed hoc erit ſervitutem imponere & acquirere ædificio præſenti, non futuro. Nunc autem de futuro ædificio, ut dixi, quærimus. Placuit tamen nihilominus futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi vel acquiri ſervitutem poſſe. *L. ſi ſervitus*, *§. ult. D. de ſerv. ruſt. præd.* Quod ita fit. Ædificaturus in mea area, poſſum conſtituere vicino ius immittendi tigni in eas ædes, quas exſtruxero. Quæ conſtitutio hanc vim habebit, ut cum ædes ædificatæ erunt, exinde ſtatim ſervitus tigni immittendi conſtituta intelligatur ſine nova ceſſione & traditione. Quaſi traditio & conſtitutio præceſſerit ædificium, unde & dicitur in futurum ædificium collata: ſed vim ſuam exerat tunc primum, cum ædificium eſſe cœperit, in quo conſiſtat. Et contra, ædificaturus, ne fruſtra ædificem, aut cum incommodo meo, poſſum mihi cavere a vicino, & ſervitutem acquirere, ne ædes ſuas altius tollat, ne luminibus futuri ædificii mei officiat; vel ut futuri ædificii mei ſtillicidia recipiat in ſuas ædes. Quod ille ſi conſtituerit, hoc conſequar, ut, exſtructo ædificio, ſtatim utraque ſervitus ſuperior ædificio meo deberi intelligatur. At hoc qui potui imponere aut acquirere ei prædio, quod tum non habui, ac ne habere quidem potui per rerum naturam, cum nondum eſſet? Sane ipſi per ſe non potui; repugnante tam aperte natura. Sed imponetur iam nunc, aut acquiretur ſervitus [12] areæ præſenti, & cuius ſum dominus: ſic deinde areæ impoſita aut quæſita manabit eodem iure ad ædificium, quod poſtea imponetur. Idque iure publico & gentium, quo ædificium ſequitur conditionem ſoli. *L. adeo*, *§. cum in ſuo*, *D. de acq. rer. dom. L. Paulus*, *§. domus*, *D. de pignor.* Hac ratione & parebitur iuri ſuperiori, cum is ſervitutem imponet, & acquiret, qui prædium habet: & ſimul verum erit ſervitutem imponi & acquiri futuro ædificio, dum ei imponitur & acquiritur per intermediam aream, quæ prius ſervitutem acceperat. Stat igitur hæc ſententia, neminem ſervitutem acquirere poſſe prædio, niſi qui prædium habet, & prædii dominus eſt, uti nec imponere.

XXIV. Neque hoc ſatis. Etiam eum, qui acquirit, ſolum dominum eſſe oportet, ut & eum, qui imponit. Unus ex dominis [13] communi prædio ſervitutem acquirere non poteſt. *L. proprium*, *5. in fin. D. com. præd.* Idque eſt rurſum, quod veteres in commune de conſtituente & acquirente ſtatuerunt, per partes, ſeu pro parte dominii ſervitutem ut imponi non poteſt, ſic nec acquiri poſſe. *d.*

11) Cui & hoc datur ut vicinus iuſto pretio iter præſtare a prætore compellatur *L. 12. pr. de relig.* de quo Fornet. 1. *Select.* 9.

12) At reſiſtit quod in *d. L.* 23. §. 1. ut & in *L.* 10. *R. P.* dicitur ipſi ædificio acquiri vel conſtitui. Et quod, quia area vacua ædificio, non eſt prædium urbanum, nec ſervitutem urbanam ei quæri poſſit. Vult. in §. 3. *Inſt. h. t.* diſtinguit inter ſervitutem ipſam, quæ conſtitui poſſit, nondum exſtructis ædibus *dd. LL.* & exercitium eius, quod haberi nequit. Servitus enim, ut ipſa iuris fictio eſt, ita & fingitur, ait, domum exiſtere. Exercitii autem, uti facti, nulla fictio.

13) Nec pro parte ſua, quia fundus pro parte ſervire nequit, nec pro parte ſociorum, quia per liberam perſonam alteri non acquiritur, Hotom. 7. *Obſ.* 1. Duar. *ad L.* 2. *h. t.* add. Coral. *ad L.* 2. *h. t. n.* 8. At cur ſocii adiectio vitiat ſtipulationem, extranei non vitiat, ſed pro ſupervacuo, ut ſtipulans ſibi ſoli ſolidam ſervitutem acquirat? Vital. 2. *Var. Lect.* 5. Reſp. id ex natura ſervitutis individuæ. Quando ſibi & extraneo ſtipulatur, in ſua perſona ſtipulatio integra utilis, cumque extraneo nihil quærere poſſit, nec ſibi partem, totam ſibi quærit. Cum vero communi fundo ſtipulatur, ſocio quoque ſtipulatur, cui non poteſt: Sed nec poteſt ſtipulanti ſervitus tradi quin ob communionem ſocio quoque data videatur *L.* 10. *R. P.*

L. ſi quis duas, §. 1. *com. præd. L. pro parte*, *D. de ſervit.* Non alia de cauſſa, quam quod illud receptum eſt, alienæ rei ſervitutem acquiri non poſſe. Hic enim idem evenit, quod in conſtituente, ut nemo ex dominis rei communis poſſit parti ſuæ ſervitutem acquirere, quin & quærat parti ſociorum, id eſt, alienæ. Quare ſi alienæ non poteſt, efficitur, ut nec poſſit ſuæ.

XXV. Sed & hæc pars eaſdem exceptiones habet, quas in conſtituente ſupra diximus. Quod enim dicitur unum ex dominis ſervitutem rei communi acquirere non poſſe; & hoc ſic accipiendum eſt, ſi unus aut plures, non omnes acquirant. Quod ſi acquirent omnes; ſi ſimul, recte conſtituta eſt ſervitus, *d. L. ſi quis duas*, §. *item ſi duo*, *com. præd.* Si ſeparatim & diverſis temporibus, idem iuris erit; dum & hic, poſteriore acquiſitione ſecuta, perinde haberi poſſit, quaſi omnes ſimul acquiſiiſſent. Quod hic ita fit, ſi priores, qui acquiſiverunt, tempore noviſſimæ acquiſitionis adhuc eamdem ſervitutem admittere una poſſint, ſi velint, dum & vivunt, & partem ſuam veterem obtinent. Item ſi poſtremus, qui acquirit, is ſit, qui fuerit tempore prioris acquiſitionis, ut & eodem tempore ipſe acquirere poſſet, ſi vellet: & cum eodem nunc poſſit is, qui prius acquiſivit, dum ambo vivunt & partem veterem ſuam obtinent. Hæc rurſum in acquirentis perſona ſententia *d. L. ultim. D. com. præd.*

XXVI. Illud in utriuſque domini perſona imponentis & acquirentis ſervitutem, meminiſſe oportebit, dominum hic nos ſic accipere, ut contineantur etiam ii, qui effectu propemodum dominii ius habent, emphyteuta, & ſuperficiarius. Etiam hi imponere ſervitutem poſſunt, ille fundo emphyteutico; hic ædibus ſuperficiariis. Non quidem ipſo iure: attamen eam, quam prætor utilibus actionibus in rem, ut & cæteras ſervitutes, tueatur. *L.* 1. §. *ultim. D. de ſuperf.* Quod ſi hi poſſunt imponere ſervitutem ut rei ſuæ: multo proclivius eſt intelligi etiam eos ſuperioribus rebus poſſe acquirere. Sed ſive veri domini erunt, ſive quaſi domini, qui ſervitutem conſtituent, ſemper intelligi debet in omni conſtitutione duos hos eſſe oportere, quorum unus prædio ſuo acquirat, alter ſuo imponat ſervitutem.

XXVII. Cæterum nemo idem, qui duo prædia habeat, quanvis maxime utriuſque ſit dominus, alterum alteri ſervum efficere poteſt, alteri ut acquirat ſervitutem, alteri imponat. Alioqui futurum eſſet, ut res ſua domino ſerviret: quod natura non patitur. *L. quidquid*, *D. com. præd.* Sane duorum prædiorum dominus unum tradendo, poteſt traditioni legem dicere, ut vel retentum ſervum ſit ei, quod traditur, vel traditum retento ſerviat, & recte alterutri erit impoſita vel quæſita ſervitus. *L. ſi quis duas*, in princ. §. 1. verſ. *plane.* & §. *ult. D. com. præd. L. fundus*, 32. *L. cum eſſent*, *ſeq.* in princ. *D. de ſervitut. ruſt. præd.* De retento prædio non dubitatur, cum eius vere ſit dominus, qui retinet. De tradito dubitari merito potuit. Nam & tunc, cum id tradit, etiam huius eſt dominus, ut hac ratione non poſſit ei res ſua ſervire. Aut ſi id alienum eſſe dixeris, multo minus alieno vel acquiri, vel imponi ſervitus potuit. *d. L. ſi quis duas*, in fin. princ. *L. ſi cum duas*, *com. præd.* Sed dicendum eſt, tradito fundo, alieno acquiri vel imponi in hac ſpecie ſervitutem, cum in id tempus acquiratur vel imponatur, quo prædium accipientis futurum eſt, ut eſt in *L. fundus*. 32. *de ſerv. ruſt. præd* neque ideo alieno non recte imponi, vel acquiri; quia cum conſentiente novo domino id fiat, potius videtur ab eo acquiri & imponi. Quod ſi quis duo prædia ſua ſimul & eodem momento duobus tradat, non poteſt efficere alterum alteri ſervum. Iſto enim modo vere alienis prædiis imponeret & acquireret ſervitutem: quod fieri non poteſt. *d. L. ſi quis duas*, in fi. pr. *com. præd.* Diverſis temporibus ſi tradit, ante traditionem poſterioris peractam recte [14] ei ſervitutem acquiret vel imponet. Sic enim ſuo magis acquirit & imponit. Eſtque hæc ſententia. *L. ſi quis duas*, *com. præd.*

CAP.

14) Vid. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 4.

Digitized by Google

C A P. X.

Modum conſtituendæ ſervitutis prædii inter privatos ita eſſe, ut conſtituatur aut ſuprema voluntate, aut pactionibus. Neque ex die, neque ſub conditione, neque ad diem aut certam conditionem hoc genus ipſo iure conſtitui poſſe; & hoc quid ſit. In uſufructu omnia contra ſervari; & quare. Servitutis tamen conſtitutioni & modum utendi, & utendi intervalla adiici poſſe: & quid horum utrumque. In ſervitute pactionibus conſtituenda etiam ad pactionem traditionem ſervitutis accedere debere. Quæ hæc, & qualis traditio. Neque tamen hanc rem impedire, quominus ſervitus futuro ædificio imponi poſſit & acquiri: item quominus poſſit ita conſtitui, ut aquam quærere in alieno, & inventam ducere liceat.

Modus conſtituendæ ſervitutis duplex, pactionibus, & teſtamento. I.

Teſtamento, aut etiam codicillis quomodo. Sola voluntate conſtituitur. II.

Pacto conſtituta requirit præterea traditionem. III.

Pacto conſtituta ſervitus ad certam diem & conditionem conſtitui non poteſt. IV.

Ex certa die, aut ſub conditione ſervitutis ſtipulatio & promiſſio valet. V.

At conſtitui ſervitus ex certo die & ſub conditione non poteſt: conſtituere & promittere ſervitutem quid ſint; & quatenus differant. VI. VII.

Quid ſit conſtituere ex certa die, aut ſub conditione: exponitur L. 4. in princ. D. de ſervit. VIII. IX.

Et aliorum ad eundem locum interpretatio refellitur. X.

Servitus ex certo die conſtituta, aut ſub conditione vindicari poteſt; & quare. XI.

Contrariis occurritur. XII.

Dies & conditio adiecta conſtitutae ſervituti inutilis eſt ipſo iure; *ſed tamen adiecta utilis iure prætorio, & quatenus*. XIII.

Illa locutio: ipſo iure *quam vim habeat*. XIV.

Pactio, ne conſtitutæ ſervitutis uſus ante diem, aut poſtea vindicetur, rata eſt; & quare. XV.

Temporis iure ipſo *adiecti inutiliter conſtitutae ſervituti, & vindicationis Papiniano dictæ cognitio ad tria eſt utilis, & quæ illa*. XVI. XVII.

Explicatur regula iuris, ſeu L. nihil intereſt 112. D. de div. reg. iur. XVIII.

Superior definitio de iure ſervitutum cum adiectione temporis non obtinet in uſufructu. XIX.

Hic ex die conſtitui poteſt, neque ante diem peti aut deberi poteſt; & quare. XX. XXI.

Immo & ad certam diem: & quæ ratio diſcriminis uſusfructus a cæteris ſervitutibus & obligationibus. XXII.

Modus utendi adiicitur ipſo iure *utiliter ſervituti: & quid utendi modus a die adiecta ſervituti differat*. XXIII.

Servitus diſcreta temporum intervallis non ad diem, aut tempus; ſed ad modum utendi pertinet; & ex modo æſtimatur. XXIV.

Contraria diluuntur. XXV.

Uſus ſervitutis, & domini conſtituentis patientia pro traditione habetur in ſervitutibus. XXVI.

Qualis haec interveniat in ſervitute futuro ædificio acquirenda; aut aqua in alieno quærenda, aut in aqua ducenda quæ nondum inventa fuerit. XXVII. XXVIII.

I. MOdus conſtituendæ ſervitutis in privata conſtitutione duplex, ſimiliter ut in uſufructu, ut in rebus etiam corporalibus omnibus voluntate domini transferendis. Aut enim conſtituitur teſtamento, aut pactionibus, §. *ult. Inſt. de ſervit. L. via, D. de ſervit.* iuncta *L.* 3. in princ. *D. de uſufr.*

II. Teſtamento; quamcumque ſervitutem ex ſuperioribus leget teſtator alicui per fundum ſuum, aut in ſuas ædes, aut quamcumque iubeat heredem ſuum pati; ut ſunt exempla *L. poteſt, D com. præd.* & *d.* §. *ult. Inſt. de ſervit.* Teſtamento cum dicimus, omnem voluntatem ſupremam

Digitized by Google

mam intelligere debemus, quæ iure valeat: ut codicillos, quibus excepta hereditate non minus utiliter quid relinquitur. *Tit. de codic. Inſt.* Habet hæc conſtitutio hoc proprium, ut unam rem ad conſtituendam ſervitutem deſideret, teſtatoris voluntatem. Legata enim ſervitus [1] ſtatim acquiritur legatario etiam ignoranti ſine ulla ceſſione aut traditione heredis. *L. ſi partem, D. quem ſerv. amit.* Ius commune cum omnibus rebus etiam corporalibus legatis; quas placet ab eo qui legavit, ad eum, cui legatæ ſunt, recta via tranſire. *L. a Titio*, in fin. *D. de furt.*

III. [2] Pactionibus conſtituitur ſervitus, cum inter eum, qui debiturus eſt, & eum cui acquiritur, conſenſu id agitur, ut ſit conſtituta ſervitus. Eſt enim pactio, duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus. *L. 1. D. de pact.* Sed deſiderat hæc conſtitutio res duas, pactionem, & traditionem: iure ſimiliter recepto in rebus omnibus etiam corporalibus conſenſu transferendis; quo iure nec voluntate domini inter vivos res transferuntur ſine traditione: *L. traditionibus, C. de pact.* nec traditione aliter, quam ſi iuſta aliqua cauſſa præceſſerit, ex qua traditio ſequatur. *L. nunquam, D. de acq. rer. dom.* Hæ cauſſæ ſunt contractus & conventiones, quibus id agitur, ut dominium ad aliquem transferatur; ut emptio, venditio, permutatio, donatio, ſtipulatio, & ſimiles. Quas eaſdem ad conſtituendam ſervitutem intervenire debere intelligimus. *d. L. 3.* in pr. *D. de uſuf. d. §. ult. Inſt. de ſerv.*

IV. In hac conventione quæſitum, an eadem huic conventioni adiici poſſint, quæ cæterarum rerum conventionibus, obligationibus, puta dies & conditio. Idque propter ea, quæ de his ſcribit in conſtituenda ſervitute Papinianus in *L. 4. D. de ſervit.* Et cum tempus ſervituti adiiciatur aut inchoandæ, aut finiendæ: inchoandæ, ut cum promittitur, conſtituiturve ex die aut ſub conditione: finiendæ, ut cum conſtituitur ad tempus, aut certam conditionem, veluti uſque ad decem annos, aut donec navis venerit ex Aſia: de poſteriore tempore ius certum & commune cum reliquis omnibus conventionibus, & conſtitutionibus rerum, ut ad tempus aut certam conditionem ſervitus ipſo iure conſtitui non poſſit, quod Papinianus ſcribit in *d. L. 4.* Idem hoc ut dixi in cæteris. Nam nec alia obligatio quævis ad tempus conſtitui poteſt, atque adeo nec legatum ex voluntate teſtatoris. *L. obligationum fere*, verſ. *placet, D. de obl. & act. L. nemo, 55. D. de legat. 1.* Quippe ita ius eſt, ut quod certis modis conſtitutum eſt, id diſſolvatur & finiatur contrariis, ſeu iiſdem in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, D. de regul. iur.* At extra eas obligationes, quæ conſenſu ſolo contrahuntur, nullæ contrahuntur pacto. Ideo nullæ pacto finiuntur. *d. L. obligationum, de obl. & act.* Sic & ſervitus nulla [3] conſtituitur pacto, ſed traditione, ut & res cæteræ, de quo poſtea. Non mirum, ſi conſtituta, pacto non finitur.

V. De priore tempore, quod inchoandæ ſervitutis cauſſa conventioni adiicitur; ſiquidem promittitur tantum ſervitus, non dubito, quin huic quoque promiſſioni & conventioni ius ſit cum aliis omnibus commune. Omnis obligatio ex die & ſub conditione recte contrahitur. *§. omnis, Inſt. de verb. obl. L. omnia, 7. D. ſi cert. pet.* Non dubium, quin iiſdem modis recte promittatur ſervitus, ut neque ante diem peti poſſit; neque ante quam conditio extiterit, debeatur, ut eſt vis harum adiectionum. *L. cedere, D. de verb. ſignif.* Conſtat ſervitutem in ſtipulationem deduci poſſe. *d. §. ult. Inſt. de ſerv. L. viæ, D. de ſerv. L. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Recipiet ergo hæc ſtipulatio diem & conditionem: quæ duo omnis ſtipulatio iure recipit. *d. §. omnis, Inſt. de verb. obl.* Sed & illud conſtat etiam eum viam promittere poſſe ſe daturum, qui fundum non habet. *L. heredes, §.* *con-*

1) Et dies eius a morte cedit, vid. Moller. *Lib. 5. Semeſt. Diſſ.* 58. Huc pertinet, *tit. D. de ſer. leg.* in quo obſcurior *L.* 3. de qua Cuiac. 1. *Obſ.* 23. & 23. *Obſ.* 11. Hot. 2. *Amicab.* 23. Henr. a Suerin. *Repet. lect.* C. 24.

2) *L.* 33. *R. P. L.* 3. *L.* 5. *L.* 6. *comm. præd. L.* 19. *Quem. ſer. am.* ſcilicet contractuum vel traditionum, adiectis in continenti, non aliis, Cuiac. 9. *ad Afr.* in *L.* 33. 8. *R.* Poſſunt quidem & precario concedi *L.* 3. *L.* 15. §. 2. *de precar. L.* 12. *pr. de relig.* Sed illæ non ſunt proprie ſervitutes, ubi quandocunque libuerit, concedenti liberum eſt agere interdum de precario *L. pen. comm. præd.* Cuiac. 22. *Obſ.* 37.

3) *L.* 98. *de V. O.* ita & inter conſtitutionem ac promiſſionem ſervitutum diſtinguunt Cæpolla *de Ser. urb.* C. 21. *n.* 1. dicens, promiſſione non conſtitui ius in re, ſed obligationem ac ius ad rem. Govean. 1. *Var. Lect.* 9. Coraſ. *ad L.* 4. (ipſi 3.) *de ſer. n.* 25. Nic. Valla *de reb. Tr.* 7. *n.* 2. & 3. quia & promiſſio obligat eum qui præſtare nequit ad id, quod intereſt, uti & Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 11. Pac. 3. Q. 51. Bronch. 2. *Aſſ.* 2. Vult. *in pr. l. de uſufr. n.* 5. Non autem placet quod idem *in §. ult. I. h. t.* diſtinguit quoque conſtitutionem quæ fiat conventionibus vel ultima voluntate, ab acquiſitione ſeu translatione, quæ per quaſi traditionem vel patientiam domini. Nam quando conſtituta eſt ſervitus utique iam exſiſtit; Nec igitur fingi poteſt non acquiſita. Rem autem promiſſam non eſt neceſſe exſiſtere, modo exſtitura ſperetur.

contra, *D. fam. erc.* Non poteſt hæc datio intelligi, niſi in prædio, quod erit promiſſoris: quoniam alius dare ſervitutem non poteſt, quam qui prædium habet. §. *ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Proinde nec aliter promiſſio intelligi, quam ut inſit tantum temporis, intra quod prædium acquiri poteſt, & traditio ſervitutis ſequi. §. *ult. Inſt. de verb. obl.*

VI. Quod ſi de conſtituenda ſervitute agatur, hic videri poteſt Papinianus diverſum quiddam tradere a regula ſuperiore omnium conventionum. Ait enim ſervitutes ipſo quidem iure neque ex tempore, neque ſub conditione conſtitui poſſe. Idque ita accipiendum ſignificat, ut quemadmodum ad tempus conſtituta nihilominus poſt tempus vindicari poteſt: ſic conſtituta ex tempore, etiam ante tempus & ſtatim poſſit vindicari. Inutiliter quidem, ſi exceptio opponatur: ſed tamen poſſit ipſo iure. In quo an non ſtatim occurrit, fieri id adverſus legem ſuperiorem, quæ in omni obligatione contrahenda, & promiſſione diem & conditionem recipit? Minime.

VII. Aliud eſt enim promittere, aliud conſtituere ſervitutem. Idque vel inde ſtatim poteſt intelligi, quod promittere ſervitutem poteſt, etiam qui prædium non habet, ut dixi, *d. L. heredes*, §. *contra*, *D. fam. erc.* conſtituere nemo, niſi qui habet prædium. §. *ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Et vis verborum id declarat. Promittere enim ſervitutem eſt, promittere ſe daturum. Conſtituere ſervitutem eſt iam nunc imponere, efficere, ut iam nunc ſit quæſita. *d. L.* 1. *com. præd. d.* §. *ideo*, *Inſtit. de ſervit.* Qui promittit, nihil dat, ſed obligat ſe, ut det. *L. ubi autem*, §. *ultim. D. de verbor. oblig.* Qui conſtituit, tradit, ut ſic ſtatim ſervitutem faciat accipientis; quæ non acquiritur ſine traditione, ut poſtea dicetur, *L. quoties ultim. D. de ſervit.* Cur ex die & ſub conditione promitti poſſit iure, idque utiliter, facit conventio & ratio perpetua obligationum conſtituendarum. Hæ enim ſi ſunt ex contractu, ſunt etiam ex conventione. Nullus enim contractus, qui non habeat in ſe conventionem. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Proinde & actio in perſonam, quæ inde naſcitur, ex contractu & conventione. §. 1. *Inſt. de act.* Eſt autem plane abſurdum, quæ obligatio & actio ex conventione eſt, eam conſtitui & dari contra conventionem. At cur non idem teneamus in conſtituenda ſervitute; cum nec conſtituatur ſine conventione, atque adeo hæc ipſa diei & conditionis adiectio non poſſit eſſe, niſi ex conventione: unde & ad hanc partem a nobis refertur? Id eadem ratione fieri reperiemus, qua placet ſervitutem ſemel conſtitutam fieri perpetuam, nec tempore adiecto finiri. Sic enim res habet, & hoc Papinianus ſentit, ut ſervitus ex die aut ſub conditione non dico promiſſa, ſed conſtituta, etiam ante diem & conditionem ſtatim conſtituta intelligatur, & acquiſita prædio. Quod ſi verum eſt; ſequetur ſua ſponte, ut & ſtatim poſſit vindicari, nec dies aut conditio prohibeant.

VIII. Prius autem ita eſſe, ut diximus, ita intelligetur, ſi ſcierimus, quid ſit conſtituere ſervitutem ex die, quid conſtituere ſub conditione. Servitus ex die conſtitui intelligitur, cum ita conſtituitur, ut iam nunc ſit conſtituta & debeatur prædio, ſed ea uti, eamve petere non liceat, niſi ex die certo, puta ex Calendis illis. Hoc modo, iter tibi conſtitutum eſt per fundum meum, ſed ita ut ius tibi ſit ire dumtaxat ex Calendis Iuliis. Quod dicimus exemplo obligationis in diem contractæ, quæ tunc in diem ſeu ex die eſſe dicitur, cum ſtatim pecunia debetur, ſed petitio differtur in diem, §. *omnis*, *Inſtit. de verbor. oblig.* Congruit definitio ſententiæ Papiniani. Vult enim Papinianus ſervitutem ex die conſtitutam, ante diem ipſo iure vindicari poſſe. Non eſt vindicatio, ſeu in rem actio confeſſoria de ſervitute, niſi de ſervitute noſtra. *L.* 2. in princ. *D. ſi ſervit. vind.* Nec vero noſtra ſervitus eſſe poteſt, niſi prius conſtituta & tradita. *L. quoties*, *ultim. D. de ſervit.*

IX. Conſtituere ſervitutem ſub conditione ſcio maxime proprie dici poſſe, ut ſit conſtituere ſervitutem adiecta conditione, ſub qua ſervitus conſtituatur, non ante. Nam & promittere aliquid ſub conditione eſt promittere adiecta conditione, ex qua incipiat deberi, nec ante debeatur. §. *ſub conditione*, *Inſtit. de verb. obl. L. cedere*, *D. de verb. ſign.* Sed & tradere poſſeſſionem ſub conditione dicimur, cum ita tradimus, ut non ante fiat accipientis, quam conditio exſtiterit. *L. qui abſenti*, §. 1. *D. de acq. poſſ.* Sed hæc ſignificatio ſententiæ Papiniani non convenit. Vult enim, ut dixi, Papinianus, ſervitutem ſub conditione conſtitutam, etiam ante, quam conditio exſtiterit, vindicari poſſe. Quod dici non poteſt niſi de ſervitute ante diem conſtituta & quæſita prædio. Quod ergo ſententiæ Papiniani hoc loco conſentaneum ſit, dicemus id quod Ioannes apud Accurſium,

con-

Digitized by Google

conſtituere ſervitutem ſub conditione, eſſe iam nunc quidem conſtituere: ſed adiecta conditione, in quam uſus ſervitutis & vindicatio differatur; hoc modo: Iter tibi eſt per fundum meum, hac lege tamen ut tibi ire liceat, ſi navis ex Aſia venerit: ſcilicet ut neque ante, quam conditio extiterit ea ſervitute uti poſſis, ne omnino uti, ſi conditio defecerit. Hanc quidem definitionem ſententia Papiniani exigit, ut ante oſtendi: cum non poſſit ante conditionem vindicari ſervitus, niſi prius conſtituta & debita prædio: nec poſſit videri ante conſtituta, niſi eam definitionem admittimus, quam dixi. Si exemplum quærimus, congruit omnino definitio ſuperiori. Nam ſi recte dicitur ſervitus conſtitui ex die, quæ conſtituitur adiecto die, in quem uſus differatur: par eſt eam dici ſub conditione conſtitui, quæ conſtituitur adiecta conditione, in cuius eventum idem uſus differatur. Non me fugit contra dici poſſe, ex hac definitione [4] uſum differri, non ſervitutem: cum hanc dicamus conſtitutam etiam ante, quam conditio extiterit: Papinianum autem loqui de ſervitute ipſa conſtituta ſub conditione, non de dilato ſervitutis uſu. Sed ſatis videtur ipſa ſervitus differri in caſum & ſub conditione, cum differtur eius uſus in eam conditionem: quemadmodum non videtur rem dediſſe, qui perfecte non dedit. *L. cum quis, §. qui hominem, D. de ſolut.* Quod præcipue in ſervitute contingit, cuius vis ſola eſt in utendo. *L. viæ. D. de ſervit.* Utcumque eſt, ut maxime dicatur alibi res conſtitui ſub conditione, quæ ita conſtituitur, ut non ſit conſtituta, niſi exſiſtente conditione: tamen hoc loco non ea mens eſt Papiniani, qui ſervitutem ſub conditione conſtitui ſic accepit, ut vellet ſtatim vindicari poſſe. ac proinde ſtatim eſſe conſtitutam. Quod non aliter fit, quam ſi ita ſit conſtituta, ne liceat ea uti, eamve petere, niſi ſub conditione.

X. Nam illa quorumdam defenſio hoc loco recipi non poteſt, ut concedamus etiam ſervitutem ipſam conſtitutam ſub conditione ita, ut nulla ſit ſervitus niſi conditione exſiſtente: verum ideo conditionem inutiliter adiici ipſo iure, quia ſervitutes prædiorum debent habere cauſſas perpetuas. *L. foramen, D. de ſerv. urb. præd.* Non enim animadvertunt, etſi quis illis concederet, uſu ſervitutis interrupto, cauſſam ſervitutis fieri non perpetuam: tamen iſta ratione effici ſervitutem hoc modo conſtitutam nullam eſſe, eoque nec ante conditionis eventum eam vindicari poſſe, quæ nulla eſt, nedum conſtituta. Id quod eſt aperte contra Papiniani ſententiam, qui ideo ſervitutem ſub conditione conſtitui poſſe negat, non quia nulla ſit ſervitus, eoque inutilis ſervitutis conſtitutio; ſed quia ita ſit iure ipſo ſervitus conſtituta, ut poſſit etiam ante conditionem vindicari. Sed & illud quod volunt ideo ſervitutis cauſſam perpetuam non videri, quia ex conditione aut die uſus eius ſuſpendatur, verum non eſſe ex eo conſtat, quod ſervitus ita conſtitui poteſt, ut ne continenter ea utamur, ſed certis tantum intervallis temporum, & quidem ita, ut ſervitus hoc modo recte conſtituta etiam ipſo iure intelligatur. *d. L. 4. §. ult. de ſervit.* Quare, ſi volumus ſervitutem ex die aut ſub conditione conſtitutam utiliter ipſo iure conſtitui ita, ut & ante utrumque tempus vindicari poſſit, quæ ſententia Papiniani eſt: redire cogimur ad eam definitionem, quam dixi, ut ſervitus ex die aut ſub conditione conſtituta intelligatur Papiniano, quæ iam nunc ita conſtituta eſt, ut eius uſus in diem, aut ſub conditione differatur.

XI. Quo poſito, iam incipiet conſtare ratio, cur placeat eam etiam ante diem, aut conditionem ipſo iure vindicari poſſe. Nempe enim in utraque conſtitutione hoc accidit, ut ſi ſervitus iuxta conventionem peti non poſſit: nihilominus tamen ex eadem conventione ſit conſtituta ſtatim in præſentia etiam ante diem & conditionem. Ex eo ſtatim vindicatio ſequitur. Meminiſſe enim oportet ſervitutem prædii ſemel conſtitutam acquiri prædio, cui conſtituta eſt, eique deberi, non perſonæ. *L. liberto, §. ult. D. de neg. geſt. L. unus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Prædio ſemel quæſita, fieri non poteſt, quin certa ratione iuris civilis vindicari poſſit ab eo, qui dominus eſt prædii, cui inhæret. Servitus enim prædii [5] ſequitur conditionem prædii eius, cui debetur. *L. via, §. ſi fundus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Quare ut prædium domini eſt, & ab eo vindicari poteſt; ſic & ſervitus eius præ-

dii,

4) Sic obiicit Vult. *ad pr. I. de Uſuf. n.* 5. cum de conſtitutione ſervitutis quæritur, male interpretes reſpondere de ſervitutis exercitio.

5) Ita fere & Briſſ. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Acceptilat. pag.* 377. Conſtitutione ſervitutis, ait, qualitas fundo imprimitur *L.* 86. *de V. S.* quæ ſemel inſita hæret, noſtra ut voluntate non poſſit non inſita videri. Bronch. 2. *Aſſ.* 3. ita: In ſervitute facto patientiæ præſentanen opus, quo ſervitus imponatur. Semel autem impoſita habet cauſſam continuam & perpetuam. vid. & Coraſ. ad *L.* 4. *h. t. n.* 25. Io. del Caſtillo *Contr. quotid. de Uſufr. C.* 11.

dii, quæ eodem iure habetur. Idque eſt, quod dicitur, actiones de ſervitutibus eorum eſſe, quorum ſunt prædia. *L.* 1. *D. ſi ſer. vind.* Sed & hac ipſa lege efficitur, ut ſervitus prædio debita, ſit eius, cuius eſt prædium. Sic enim & conditionem prædii ſequitur. At nihil certius iure, quam eum cuius res eſt, rem ſuam vindicare poſſe hoc ipſo, quod eius eſt. *L. actionum, D. de obl. & act.* Quinimmo vindicare rem aliquam nihil aliud eſt, quam ſuam eſſe intendere. §. 1. in fin. iuncto, §. *appellamus, Inſt. de act.*

XII. Nec obſtat conventio, qua Id actum eſt, ut non ante diem aut conditionem ſervitus peteretur. Etſi enim edicto generali *de pactis* placet omnem conventionem, quæ de re privata eſt, ſervari: tamen hæc exceptio eſt ipſius edicti verbis comprehenſa, niſi conventio ſit contra ius. *L. iuris gentium*, §. *ait prætor, L. contra. D. de pact. L. pacta.* 6. *C. eod.* At eſt contra ius, ſi conveniat, ne domino rem ſuam vindicare liceat; non minus, quam ſi conveniat, ne liceat domino rem ſuam alienare. *L. pen. D. de pact.* Dominii enim hæc iura ſunt propria, vindicatio rei ſuæ, & alienandi poteſtas, quæ non inhibeatur lege, ut conventione hæc detrahi nihil aliud ſit, quam convenire, ut dominus, ne ſit dominus. Quod maxime de vindicatione dicendum eſt. Nam ſi vindicare eſt, ut dixi, intendere rem ſuam eſſe: natura exigit, ut is cuius res vere eſt, poſſit etiam eam vindicare, quia poteſt affirmare id, quod res eſt, nempe rem eſſe ſuam. Quapropter paciſci, ut ſervitus ſit alicuius, & tamen non liceat hoc ipſum dicere, quaſi eius non ſit: aperte pactio eſt contra naturam, negans poſtea id quod prius poſuerat. Quæ ſi ita ſunt: apparet quod ante poſui, qua ratione ſit, ut ſervitus ad tempus conſtitui non poſſit, quia ſemel conſtituta & tempore non finita fieri non poteſt, quin ſit noſtra, eoque & a nobis poſſit vindicari: eadem plane ratione fieri, ut ex die aut ſub conditione non poſſit conſtitui, quin ante tempus iure vindicetur; quia ſcilicet & ante tempus fuerit conſtituta, eoque & facta prædii. Quam proinde vindicari poſſe neceſſe eſt.

XIII. Ex quo & illud iam poteſt intelligi non eſſe mirum, ſi ſervitus ex die aut ſub conditione promiſſa, ut res alia quævis, ante diem aut conditionem peti non poteſt: conſtituta autem adiecto die aut conditione, in quæ uſus differatur, non poſſit ante peti & vindicari. Differentiæ ratio expedita eſt. Actio enim in perſonam de re debita, eſt ex conventione. Actio in rem de re conſtituta & noſtra, eſt ex dominio noſtro. Quod ex conventione eſt, non poteſt locum habere contra conventionem. Quod ex dominio noſtro, id non modo recte habetur pro iure dominii, quanvis ſecus convenerit: ſed etiam convenire, ne habeatur, naturæ dominii ac proinde iuri adverſatur. Quam ob cauſſam & pactio eſt inutilis, *d. L. penult. D. de pact.* Sed hæc ita ſunt, inquit Papinianus, ipſo iure. Cæterum ſi quid horum adiicietur, pacti vel doli exceptione occurretur contra placita ſervitutem vindicanti. Significat ſuperiora inutiliter adiici iure civili, quia nihilominus hoc iure & ante tempus & poſt tempus præfinitum ſervitus conſtituta poſſit vindicari. Sed adiici utiliter eo iure, quo placet conventionem ita ſervari, ut vindicatio exceptione ſummoveatur. Id ius prætorium eſt, cautum edicto de pactis, quo placet omnem conventionem quatenus iuri non refragetur, inter privatos de re privata & familiari ſervari. Valere autem ſi non ad actionem, at ſemper ad exceptionem, qualis deſideratur in hac ſpecie, *d. L. iuris gentium*, §. *ſed cum nulla*, & §. *quinimmo, D. de pact. L. in bonæ. C. eod.* Hinc adverſus vindicationem ſervitutis iure civili conſtitutam comparata exceptio vel pacti, vel doli mali. Pacti, quia convenit, ne ante diem, aut poſt diem ſervitus peteretur. Doli mali, quia dolo facit, quicumque id petit, quod quavis exceptione elidi poteſt. *L.* 2 §. *& generaliter, D. de dol. mal. exc.*

XIV. Quid eſt ergo ipſo iure? Iure civili, utpote quod diſtinguitur a iure prætorio iuxta diviſionem iuris traditam in *L. ius autem, D. de inſt. & iur.* Atque ita uſurpatur ius ipſum, quoties a prætorio ſecernitur, ut ſæpe alias in uſu iuris. Ut *L. in cauſſæ*, 2. *D. de min. L. ſi uſusfructus*, §. *illud, D. uſuf. quem, cau.* §. *actiones autem, Inſt. de act.* Ipſum ius per excellentiam, quaſi dicas ipſum illud ius, quod vere & proprie ius eſt. Id autem eſt ius civile. Nam prætorium magis ab initio conniventia populi Romani ius fuit, quam prætorum auctoritate, qui condendi iuris poteſtatem non habuerunt. Quod indicatur in §. *quos autem, Inſt. de bon. poſſ.* Atque hinc natum, quod ius prætorium dictum eſt viva vox iuris civilis in *L. nam & ipſum, D. de inſt. & iur.* Vox, quia interpretatio: dum hoc ſignificatur interpretandi magis iuris civilis cauſſa admiſſa edicta

prætorum, quam condendi. Sed de vario uſu & ſignificatione horum verborum, *Ipſo iure*, ſcripſimus in univerſum, & ex profeſſo ad §. *actiones autem*, in extremo. *Inſt. de act.*

XV. Atenim quomodo in propoſito ſervatur pactio adverſus ius civile: cum dicimus edicto ipſo pactionem, quæ ſit contra ius, non ſervari? Non ſane hic ſervatur, quatenus adverſatur iuri civili, ſed quatenus non adverſatur. Illud contra ius eſt, ne liceat domino intendere rem ſuam eſſe, quæ vere eius eſt, id eſt, uno verbo, ne liceat ei rem ſuam vindicare. Quo fit, ut id effici non poſſit conventione, ne ex edicto quidem prætoris. Sed non eſt contra ius paciſci, ne dominus iure ſuo, & ſua vindicatione utatur. Et hactenus diei adiectio in conſtitutione ſervitutis eſt utilis. Valet enim, non ut ne ſit vindicatio ſervitutis ei, cui conſtituta eſt; ſed ut ſi vindicatur contra placita, id eſt, ante aut poſt diem, vindicatio exceptione pacti, vel doli mali repellatur.

XVI. Etſi autem ſervitute ita ex tempore aut ad tempus conſtituta, non poteſt ea vindicari utiliter ante aut poſt tempus conſtitutum propter exceptionem: non tamen inutile eſt noſſe ipſo iure eam utroque tempore vindicari poſſe, & hactenus adiectionem temporis eſſe inutilem, quod Papinianus tradidit, & in quo explicando laboratur. De cuius differentiæ uſu etſi alias copioſe ſcripſimus ad *L. 5. C. de pact.* tamen cum inciderit utilitas huius loci, nihil vetabit, quod illic in genere ſcriptum eſt, ad hanc ſpeciem paucis accommodare, quo ſententia Papiniani hoc loco paulo obſcurior magis illuſtretur. Prodeſt vero id intelligi, quod dixi, ad tria.

XVII. Primum, ut noriſmus exceptionem iſtam, quæ iure prætorio datur, initio in lite conteſtanda opponendam eſſe. Alioqui futurum, ut procedat vindicatio adverſus eum, qui neget ſervitutem conſtitutam. Sic eſt conditio exceptionum: ut proſint in iudicio, & actionem ſummoveant, initio eas conteſtari oportet. *L. ſiquidem, L. præſcriptionem, C. de exc.* Deinde ut ſervitute ex die aut ad diem conſtituta, ſi forte convenerit poſtea, ut ea ante aut poſt diem uti liceret, ſciamus iam tum ſervitutem utiliter & ante & poſt diem poſſe vindicari; quod alioqui hac conventione effici non potuiſſet. Nam ſi conſtitutione ſervitutis ſtatim & perpetuo nata eſt, licet ea iure quandoque experiri. Cui ſi obiicitur exceptio prioris pacti: exceptio poſterioris pacti replicatione elidetur, atque ita fiet, ut vindicatio prius iure conſtituta, etiam æquitate pacti defendatur. Placet enim pacta noviſſima ſervari. *L. pacta noviſſima, C. de pact.* ſic autem in univerſum ſervari omnia, ut proſint ſaltem ad exceptionem. *L. in bonæ, C. de pact. L. iuriſgentium, §. ſed cum nulla, D. eod.* Proinde & ſi opus eſt, ad replicationem; quoniam replicatio nihil aliud eſt, quam exceptio actori competens. *L. 2. §. 1. D. de exc.* Quod ſi fingeremus, ſervitute ex tempore conſtituta, diem ipſo iure utiliter adiici, eoque ſervitutem ipſo iure ante diem vindicari non poſſe: quantumvis conveniret poſtea, ut ſtatim ſervitute uti liceret, inutilis eſſet conventio, neque liceret ullo modo ſervitutem ante vindicare. Non enim liceret ex priore conſtitutione, cum fingeremus diem ipſo iure utiliter adiectum; neque rurſum ex conventione poſteriore, quia ex pacto non naſcitur actio. *L. legem, C. de pact. d. L. iuriſgentium, §. ſed cum nulla, & §. quinimmo D. eod.* Poſtremo quod exceptione tantum pacti hic vindicatio removetur, hunc effectum habet huius ſpeciei pene proprium, ut ſi prædium, cui ſervitus impoſita eſt ſub conditione, aut ad conditionem, interim ſit uſucaptum, exinde confirmetur vindicatio ei, cui ſervitus conſtituta eſt, adverſus eum, qui uſucepit; ut cui pactum prodeſſe non poſſit eum alia perſona interpoſitum, cui non ſucceſſit. *L. ſi unus, §. pacta, in fi. D. de pact.* Nam alioqui pactum cum auctore factum etiam ſucceſſori eius prodeſt, puta emptori, & donatario, quod cum venditore aut donatore interpoſitum ſit. *L. ſi tibi, §. pactum, D. de pact.*

XVIII. Quod ergo dicitur regula iuris, nihil intereſſe, utrum quis ipſo iure actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L. nihil intereſt, D. de reg. iur.* De eo dicitur, & vere, qui exceptione uſus eſt. Quod ne fiat, tribus his modis accidere poteſt. Nam primum poteſt exſiſtere is, cui exceptio pacti cum alio interpoſiti non competat, ut in ſpecie tertia ſuperiore. Poteſt etiam ab eo, cui competit, iudicio omitti. Poteſt denique & exceptio ipſa in iudicium deducta noviſſimi pacti contrarii ante litem conteſtatam interpoſiti replicatione infirmari. Quibus in cauſſis non obſtat regula ſuperior, quominus plus ſit in eo, quod ipſo iure non valet, quam in eo, quod ipſo iure valet, ſed per exceptionem infirmatur.

XIX. Atque hoc ita ius eſt in ſervitutibus, ut loquitur Papinianus in *d. L. 4.*

de

de ſervit. id eſt, in ſervitutibus prædiorum, quæ, ut ante aliquoties diximus, ita ſpecialiter per excellentiam appellantur: ut pote vere ſervitutes, quæ ſemel conſtitutæ prædio cohærent, & prædium ſequuntur, fiuntque, ut prædium perpetuæ: *L. via*, *§. ſi fundus*, *D. de ſerv. ruſt. præd. L. cum fundus*, *D. com. præd.* cum perſonales ſervitutes una cum perſona extinguantur, præter alios multos modos, quibus finiri eas placet. Superius ergo ita ius eſt in ſervitutibus prædiorum. In uſufructu omnia contra obſervantur.

XX. Uſusfructus ex die conſtitui poteſt. *L. 4. D. de uſuf.* & quidem ita, ut quanvis conſtitutus ſit ex die certo, tamen non modo peti & vindicari non poſſit ante diem ipſo iure, ſed nec ante ipſo iure debeatur. *L. 1. §. ult. D. quand. di. uſusfr. leg. ced.* Iure non modo a ſervitutibus prædiorum diverſo, ſed etiam præter naturam omnium obligationum ſemel conſtitutarum. *L. obligationum*, verſ. *placet*, *D. de obl. & act.* Cur hæc tam varie; & cum in omnibus his eadem ſit conſtitutio, & conventio contrahentium diem adiicientium; cur in eadem cauſſa idem non recipitur effectus, in eadem ratione non ius idem, contra omnem æquitatis rationem? *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Recte hoc quæreretur, atque adeo reprehenderetur etiam, ſi quidem hic cauſſæ eſſent ſimiles. Sed longe alia cauſſa eſt conſtituti uſusfructus, alia cæterarum ſervitutum. Atque adeo cæterarum rerum etiam io obligationem dumtaxat deductarum: ut hic non conventio & conſtitutio iſtarum rerum diſſimilitudinem faciat, ſed res ipſa conſtituta. Uſusfructus ex die conſtitutus eiuſmodi eſt, ut non poſſit ullus eſſe ante diem natura ſua. Etſi enim & ipſe eſt ſervitus, eoque & ius, ut ſervitutes prædiorum: ius eſt tamen in faciendo conſiſtens, id eſt, utendo fruendo; ea lege, ut prius non ſit, non conſtituatur, nec prius dies eius cedat, quam quis frui poſſit. *d. L. 1.* in prin. & *§. 1. D. quan. di. uſuſf. leg. ced. L. hereditas, 2. D. de acq. rer. dom.* At cum is ex die conſtitutus eſt, fructuarius ante diem frui non poteſt. Facta enim futura ut natura, ita & iure ſuſpendi poſſunt, ne ſcilicet prius id facere liceat, quod in diem dilatum eſt, quam dies faciendi conſtitutus venerit. Unde & re aliqua ex die promiſſa, etſi obligatio, quæ iuris eſt, conſtituitur ſtatim: petitio tamen, quæ eſt facti, recte in eum diem differtur. *d. L. cedere, de verb. ſign. d.*

L. centeſimis, *D. de verb. obl.* Et generaliter actus viventium ſuſpendi receptum eſſe Paulus ſcribit in *L. ult.* in fin. *com. præd.* Quare uſusfructus ex die conſtitutus, etiam ſi maxime fingeremus verbis ipſis conſtitutionis uſum tantum eius iuris in diem dilatum eſſe, tamen ante eum diem, quo perſona frui poteſt, nullus eſt.

XXI. Ea res facit, ut nec poſſit vindicari, qui non eſt. Neque enim ulla vindicatio eſſe poteſt eius rei, quam is, cum quo agitur, nec poſſidet, nec dolo malo deſiit poſſidere. *L. qui petitorio*, in pr. *D. de rei vind.* Idque ius & in confeſſoria de uſufructu actione obſervatur. *L. ult. D. ſi uſusfr. pet.* Eadem res facit, ut nec debeatur uſusfructus ante diem conſtitutum. Nam & in obligationibus ipſis rerum conſtituendis hoc obtinet, ut res futuræ, quæ in rerum natura non ſunt, promiſſæ aut legatæ debeantur non in diem tantum, ſed ſub conditione, ſi in rerum natura eſſe cœperint; veluti cum fructus fundi promittuntur aut legantur. *L. 1. §. ult. D. de cond. & dem.* Quod autem debetur ſub conditione, ante quam conditio exſtiterit, nec debetur. *d. L. cedere, de verb. ſign.* At ſervitus prædii conſtituta ex die, etiam ante diem conſiſtit, & prædio cohæret. Non enim conſiſtit in facto perſonæ, id eſt, utendo; ſed in iure prædii: quod ſemel conſtitutum ſtatim acquiritur prædio, cuius cauſſa conſtitutum eſt; & cum in eo conſiſtat, non exſpectat utentis factum, ut ex illo eſſe incipiat. Si ſervitus ex die conſtituta etiam ante diem prædio quæſita eſt, & ei inhæret: fieri non poteſt, quin ut prædium ipſum, ſic ſervitus, quæ prædii eſt, poſſit iure ab eodem domino vindicari, ut ſupra oſtendimus.

XXII. Plus habet dubitationis, quod placet uſumfructum ad tempus conſtitui poſſe, ut qui iam ante ab initio recte conſtitutus erat, & cœperat, tamen ipſo iure tempore finiatur. Nam ne obligationes quidem, ſi ad tempus conſtitutæ ſint, quanvis conſtet eſſe perſonales, tamen tempore finiuntur. *d. L. obligationum fere*, verſ. *placet*, *de obl. & act.* Cur ergo magis finiatur uſusfructus ad tempus conſtitutus, etſi hunc perſonæ cohærere fateamur? Reddidi iam ſupra huius rei rationem, cum de amittendo uſufructu ageretur. Sed quod ad explicandam harum rerum differentiam pertineat, vera illa & certa ratio eſt, eadem quæ ſupra, quod uſusfructus conſiſtit in facto perſonæ, id eſt, in fruendo. Facta ut ſuſpendi poſſunt

in diem, ne ante ſit faciendi facultas: ita & ad diem conſtitui, ut tantiſper facere liceat; poſt diem autem faciendi facultas deſinat. Quocirca uſusfructus ad tempus conſtitutus, poſt tempus finitur; quia factum fruendi deſiit, ſine quo non eſt uſusfructus. Finitur autem non tempore, ſed interitu rei, ut ſuo loco diximus. Contraria natura ſervitutis prædii. Hæc cum ſit in iure prædii, ita prædio cohæret, ut quemadmodum prædium perpetuum eſt, ita & ſervitus huic inhærens [6] ſit perpetua: niſi dum ipſa conſiſtet, & erit in rerum natura, tempore ſolo, id eſt, pactione, quæ tempus ſtatuit, finiatur. Quod non placuit. *d. L. obligationum*, verſ. *placet, de obl. & act.*

XXIII. Hoc iure poſito, diem ſervitutis conſtitutioni ipſo iure adiici non poſſe, quin & ante & poſt diem ſervitus poſſit vindicari; quæſitum eſt de modo ſervitute utendi, num & is ſervitutibus non poſſit adiici ipſo iure: ut quod iuris eſt in die, idem ſit & in modo. Et placuit non idem iuris eſſe. Diem ſupra negaverat Papinianus ſervitutis conſtitutioni adiici poſſe. De modo ita ſubiicit in *d. L.* 4. *§. modum, D. de ſervit.* modum ſervitutibus adiici poſſe conſtat: ſervitutibus, id eſt, ſervitutum conſtitutioni. Veluti in itinere, ut quis eat pedes, non equo vectus: in actu, ut certa pecora tranſducantur; in via, ut certo genere vehiculi quis utatur; in aquæductu, ut quis aquam ducat tubulis, non rivo aperto, aut contra: quibus exemplis ex parte ille utitur in *d. L.* 4. *§. modum.* Hæc cum dicat Papinianus adiici poſſe ſervitutibus, ſignificat utiliter adiici ipſo iure, id eſt ita, ut nec ipſo iure liceat alio modo ſervitute uti, aut eam vindicare, contra quam prius in die adiecto reſponderat. Cur ergo hoc aliter fit in modo, quam in die? Quia ſervitus ex die aut ante diem conſtituta, etiam ante & poſt diem conſtituta intelligitur, ut docuimus. Conſtituta autem ad certum modum, ultra eum modum non conſtituitur. Nam cum concedo tibi ire pediti, non concedo ut equo eas. Cum concedo, ut illo genere vehiculi utaris, non concedo, ut alio; quin potius cætera prohibeo. Itaque ultra modum conſtitutum non eſt ſervitus. Eiuſque rei certum argumentum eſt, quod cui ad certum modum ſervitus conſtituta eſt, ſi alio modo tantum ſit uſus, placet eum ſervitutem non utendo amittere. *L. is cui*, 11. *L. ſi communem*, 10. *§. ult. D. quem. ſer. am* Quod ſane non alia ex re fit, quam quod alio modo utendo non eſt uſus conſtituta & ſua ſervitute. Porro contra ius eſt, ſervitutem recte conſtitutam, quæ cum prædio noſtra facta eſt, non licere nobis ut noſtram vindicare. Non eſt contra, ſed maxime ſecundum ius, ſervitutem, quæ noſtra non eſt, quia non eſt conſtituta, vindicari non poſſe.

XXIV. Hac differentia inter diem, & modum ſervituti adiectum conſtituta, quæſitum eſt de intervallis temporum ſervituti adiectis, referri ne debeant ad tempus, an vero ad modum, ut hinc quoque de effectu iuris iudicetur. Ut puta, ſervitus ita conſtitui poteſt, ut aquam per fundum meum tibi ducere liceat certis horis diei, non continenter: interdiu, non noctu, vel alternis diebus, æſtate, non hieme, aut contra. *L. via*, 5. §. 1. *de ſerv. L. ſi ſic conſtituta. D. quem. ſer. am. L.* 2. *D. de aq. quot. & æſt.* Quæritur in his conſtitutionibus & ſimilibus, utrum ſervitus tempus habeat, quale de die prius diximus, an vero modum, de quo proxime: ſcilicet ut ſi videatur hæc adiectio ad tempus pertinere, efficiatur etiam ſervitutem aliis temporibus ipſo iure vindicari poſſe, qualem diei adiecti conditionem eſſe diximus. Contra ſi videatur pertinere ad modum, ne liceat ſervitutem alio modo vindicare, quod de modo dictum eſt. Et Papinianus de eo rurſum ita definit in *d. L.* 4. *§. ult. de ſerv.* Intervalla dierum & horarum non ad temporis cauſſam, ſed ad modum pertinent iure conſtitutæ ſervitutis. Ad temporis cauſſam, id eſt, ad tempus: cauſſa temporis, pro ſpecie temporis. Ut cauſſa beneficii & contracti negotii, pro beneficio & negotio contracto in *L. interdictum, D. de prec.* Eſt autem hæc ſententia: ſervitus ita diſcreta intervallis temporum ad utendum, ut ſupra ſcriptum eſt, non intelligitur conſtituta eſſe ex die aut ad diem: ſed ad modum utendi conſtituta ſervitute. Sententia eo pertinens, quod dixi, ut intelligatur videlicet, nec alio modo uti ſervitute, aut eam vindicare ipſo iure licere. At repugnant verba ipſa conſtitutionis, dixerit aliquis, quæ aperte

de

6) Hotom. *in L.* 5. *C. de uſuf.* Quæ præſentem qualitatem imponunt, ut prædiales ſervitutes *L.* 98. *de V. S. L.* 12 *ſi ſerv. vind.* nec differri, nec tempore finiri poſſunt *L.* 34. *de adopt. L.* 33. *& ſeqq. de man. teſt.* Uſusfructus autem non ad qualitatem prædii, ſed ad ius perſonæ refertur. Nec igitur dicendum, cum Vult. *ad pr. Inſt. de Uſufr. n.* 5 nullam differentiæ rationem fuiſſe, quam quod Romanis ita placuerit, atque hic exemplum eſſe *L.* 20. *de LL.*

de tempore, ſeu temporibus utendi exprimunt. Sed non facit tempus utendi, ut ſervitus ſeu ſervitutis conſtitutio tempus habeat, aut, ut loquitur Papinianus, ad tempus pertineat. Illa enim conſtitutio ſervitutis tempus adiectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipiat, aut finiatur ſervitus: id eſt, qua ſervitus ex die conſtituitur, aut ad diem, ut ſupra de die dictum eſt a Papiniano. Cum autem ſervitus ita conſtituitur, ut ea certis temporibus uti liceat, ea neque conſtituitur ex tempore, neque ad tempus: ſed pura eſt, & perpetua conſtitutio. Tantum intermedium tempus utendi temperatur. Hoc temperamentum recte dicitur modus conſtitutæ ſervitutis.

XXV. Hoc ipſum eſt, quod aliis verbis traditur in *d. L. via. ſeq.* §. 1. *de ſervit.* uſum ſervitutum temporibus ſecerni poſſe. Cui non adverſatur, quod dicitur in *L. viæ. eod. Tit.* uſum ſervitutum eſſe indiviſum. Dici enim poteſt, aliud eſſe uſum ſervitutis dividi, aliud ſecerni. Tunc dici dividi, cum unus & idem uſus dividitur in partes diſcretas, quæ diviſio in uſum & factum omne, quod poſt ſe nihil corporale relinquit, non cadit, eoque negatur recte in *d. L. viae.* Si quis enim quid facit, in totum ita facit. Si non facit, in totum verum eſt eum non facere. Tum autem proprie uſum dici ſecerni, cum ſunt plures uſus, puta plures aquæductiones, plures itiones, in quibus unus uſus ſecernitur ab alio intervallis temporum: quod natura fieri poſſe manifeſtum eſt. Aut ſi cui hæc diſtinctio in verbis non placet: hæc certe in re vera eſt diſtinctio, ſecundum quam utrumque recte dicitur, uſum ſervitutis indiviſum eſſe, & rurſum dividi poſſe. Unus & idem uſus, puta una itio dividi non poteſt, ut ante dixi. Plures poſſunt, quia ex univerſo illo uſu ſervitutis poſſunt ſingulares plures ſtatui; qui conſtituti iam non dici debent dividi poſſe; ſed natura ita ſunt diviſi & diſcreti, ut iam non aliter, quam diviſi eſſe poſſint. Ne quis autem propterea uſum ſervitutis dividi dixerit. Hic enim ſi proprie loqui volumus, magis tempora utendi dividuntur, quorum alia in hoc uſu diſtinguuntur ab aliis. Cæterum uſus ipſi, puta ductiones, itiones, ſingulæ in ſeſe ſunt indiviſæ. Tantum tempora certa aſſignantur ſingulis: qua ratione dicuntur ipſæ dividi & ſecerni temporibus. Atque hoc ius eſt de conventione, quæcumque eſt, quæ conſtituendæ ſervituti prædii adhibetur.

XXVI. Non eſt ſatis conventio ad hanc conſtitutionem inter privatos. Etiam tradi ſervitutem oportet exemplo rerum corporalium. Sic tamen; ut quoniam nulla hic vacua & corporalis traditio eſſe poteſt; traditionem poſſeſſionis ſic intelligamus, ut pro poſſeſſione ſervitutis interveniat [7] ſervitutis uſus; pro traditione autem, domini conſtituentis in eo uſu patientia. *L. quoties.* ultim. *D. de ſervit. L.* 1. in fin. *D. de ſervit. ruſt. præd.* Aut ſi cui olim placeret aliud genus alienationis uſurpare, adhibebatur in iure ceſſio, qua res omnes etiam incorporales ut ſervitutes, optimo iure transferebantur, ut eſt apud Ulpianum in fragmentis *Tit. de dominiis & acquiſitionibus rerum.* Hinc tam crebro legimus apud veteres ceſſam ſervitutem pro iure translata & conſtituta inter privatos. *L. ſi cui, D. de ſerv. L. per fundum. L. per quem, D. de ſerv. ruſt. præd. L. ult. D. com. præd.* Ceſſione vetere ſublata, de qua ſuo loco diximus, relinquitur ut in rebus corporalibus transferendis, traditio; quam ſaltem ſemper in ſervitute conſtituenda intervenire oporteat; uſus, inquam, ille ſervitutis, & domini ſervientis patientia, quæ pro traditione cedat. Atque hinc maxime illæ veterum dubitationes de his tribus generibus ſervitutum: an poſſit futuro ædificio ſervitus imponi, aut acquiri; an poſſit conſtitui hæc ſervitus, ut aquam quærere in alieno, & inventam ducere liceat; an etiam hæc, ut ſimpliciter liceat inventam ducere. Et quidem hæc pars efficere videbatur, ne quid iſtorum dici poſſet. Nam nec futuri ædificii ulla ſervitus eſſe poteſt, quæ nunc tradatur, nec aquæductus eius aquæ, quæ nondum apparet. Nunc autem ad conſtitutionem ſervitutis non prædia tantum exigimus, quorum ab uno debeatur alteri ſervitus: ſed & ſervitutis traditionem, quæ traditio in ſervitute, quæ nondum eſt, intelligi non poteſt. Receptæ tamen iſtarum omnium ſervitutum conſtitutiones: quia & in his tempore conſtitutionis interveniat eius rei uſus, & patientia; per quam ad ſervitutem perveniatur.

XXVII. Futuro ædificio ſervitutem imponi & acquiri poſſe placet. *d. L. ſi ſervitus,* §. *ult. de ſervit. urb. præd.* Ac de eo ſupra reſpondimus, quod tribuere hic videmur imponendæ aut acquirendæ ſer-

7) De acquiſitione quaſi poſſeſſionis huius vid Coraſ. *ad d. L. ultim.* (illi penult.) *h. t. n.* 10. *&* *ſeq.* Padilla *ad L.* 2. *C. h. t. n. priorib.* Menoch. *de Arb. Ca.* 160. *&* *ſeq.* adde *N.* 6. *L.* 5. *C.* 6.

ſervitutis facultatem iis, qui prædium non habent, contra *L.* 1. *D. com. præd.* §. *ideo. Inſt. de ſervit.* diximuſque etiam hic & qui imponunt, & qui acquirunt, imponere & acquirere prædio ſuo & præſenti. Quia intelligi debeat ſervitus imponi & acquiri areæ, in qua ædificium futurum ſit, a qua deinde ſervitus transfeat ad ædificium, cum extructum erit. Sed quæ huius ſervitutis futuræ traditio eſſe poteſt, etiam ſi maxime præſens ſit area? Res ita tranſigetur. Qui imponere volet areæ ſuæ, ac per aream futuro ædificio, is vicinum inducet in aream hoc animo, ut iam nunc affectam futura ſervitute aream habeat. Qui autem futuro ædificio ſuo volet acquirere, is in vicini ædes aut vicinum prædium, quod ſervitutem debiturum eſt, inducetur hoc animo, ut iam nunc id prædium futura ſervitute obſtrictum habeat. Hæc inductio in locum ſervientem futuræ ſervitutis cauſſa, & domini ad eam rem patientia, uſus eſt & patientia præſentis rei, & tamen futuræ ſervitutis cauſſa.

XXVIII. Hoc exemplo & illam ſervitutem conſtitui poſſe placuit in futura aqua, quæ nondum apparet, ut aquam quærere & inventam ducere liceat. *L. Labeo, D. de ſer. ruſt. praed.* At traditionem quærimus. Et hic inducetur is, cui ſervitus quæritur, in fundum eo animo, ut illi ius ſit fodiendi & aquæ quærendæ gratia. Atque hic uſus fundi, & domini patientia ad eam ſervitutem quærendam deſtinata, eius ſervitutis traditio eſt. Eſt enim traditio eius rei, per quam ad ſervitutem pervenitur; quod eodem redit. Sed quoniam præſens foſſio eſſe poteſt ad aquæductum quærendum, eoque & eius foſſionis traditio, Labeo nihil abſurdi putabat [8] ſuperiorem ſervitutem ita conſtitui. Illam negabat poſſe, ſi ſimpliciter aquæductus conſtitueretur ex ea aqua, quæ nondum appareret, ut refertur in *d. L. Labeo, de ſervitut. ruſtic. præd.* & *L. ultim. D. ſi ſervit. vind.* nempe ideo, quia futuri aquæductus nulla traditio eſſe poſſet; nihil autem hic amplius conſtitueretur quam aquæductus. Quem Paulus utroque in loco reprehendit hac ratione, quod ſi conſtitui poteſt, ut quærere liceat, etiam ut inventa ducatur, poteſt conſtitui. Recte: nam nec in aqua quærenda poteſt tradi ductus eius aquæ, quæ non eſt. Sed traditur aliud, ex quo ad aquæductum pervenitur. Sic & in ea, quæ poſtea inventa erit, ducenda, non tradetur poſſeſſio aquæductus, ſed tradetur iter ductus, cuius uſus & in eo domini tradentis patientia pro traditione aquæductus futuri cedet, quia iter hoc ad illam ſervitutem paratur. Et de itinere ductus ſcripta eſt *L. ultim. ſi ſervit. vind.*

CAP.

8) Senſus noſtri hic videtur: Si coniunctim conſtitueretur ius aquæ quærendæ & inventæ ducendæ, Labeonem admiſiſſe ſervitutem, quia hic traditio fieri poſſit iuris fodiendi & inveſtigandi. Sin vero ſeparatim, ut aquam, quæ nondum inventa, nulla eius quærendæ mentione facta, ducere liceret, non admiſiſſe. Recte opinor. Licet aliter Govean. 1. *Var Lect.* 17. iter aquæ *d. L. ult.* ab aquæductu *d. L.* 10. ſeparans & ita pugnam dirimens. Differre hæc probat, quia ex meo fonte tibi aquam cedere poſſim, licet per meum prædium iter aquæ tibi non dem, Hotom. 8. *Obſ.* 13. Labeonem negare *d. L. ult.* quod iter id eſt, rivus concedi poſſit, quia rivus certo in loco fundi conſtituendus. Incertum autem adhuc ubi aqua inveniatur, quæ forte pluribus locis exquirenda. Et Vult. *ad* §. 3. *l. h. t. n.* 4. de ſervitute ipſa loqui *d. L.* 10. quæ ex fictione iuris eſſe poſſit. De itinere vero *d. L. ult.* id eſt loco per quem aqua ducitur, qui ſine fundo eſſe nequeat. Quod qui ad rem faciat non video. Neque enim in *d. L. ult.* deeſt fundus cui iter quæratur, ſed aqua quæ per illud eat.

C A P. X I.

De uſucapione ſervitutum. Non aliquas tantum ex his uſucapi poſſe, ſed omnes tam ruſticorum prædiorum, quam urbanorum. Et refutatus hic vulgaris error dividentium ſervitutes in continuas & diſcontinuas: in illis uſucapionem recipientium, in his repudiantium. Omnes ſervitutes continuam poſſeſſionem habere; Omnes pariter uſucapi. Et de locis in ſpeciem contrariis abunde reſponſum.

Tranſitio & ratio ordinis. I.
De uſucapione ſervitutum triplex quæſtio. II.
An ſervitutes uſucapiantur. Contrarii in ſpeciem iuris loci. III.
Non diſtinctione veteris uſucapionis a Iuſtinianea: quæ conciliandi ratio improbatur. IV.
Sed diligenti veterum locutionis obſervatione, & ſententiæ ibidem involutæ explicata ratione iidem conciliati. V.
Concluſio. VI.
An ſervitutes ruſticorum & urbanorum prædiorum omnes recipiant uſucapionem. VII.
Vulgata ab interpretibus ſervitutum diviſio in continuas & diſcontinuas ratione uſucapionis earumdem a quibus primo improbata. VIII.
Diſertiſſime refellitur. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV. XVI. XVII.
Servitutes prædiorum omnes habent continuam poſſeſſionem, & quomodo. X. XI.
Illuſtratur L. 14. *in princ.* D. de ſervit. XI. XII.
Cauſa ſervitutis diverſa a poſſeſſione. XIII.
Interpretatio L. 18. D. de ſervit. urban. præd. XIV. XIII.
Exponitur L. 3. §. ductus D. de aq. quot. æſtiv. & *Bartoli ad eundem locum exploditur interpretatio.* XVI. XVII.

I. ET ſine alia conſtitutione ſervitus noſtro uſu & poſſeſſione acquiri poteſt, & uno verbo velut uſucapi. Sed neque hoc certum uſquequaque: & ſi certum ſit, non tamen eodem modo uſucapiuntur ſervitutes, ut res corporales. Quare utraque harum rerum facit, ut amplius & ſeparatim de uſucapione ſervitutum cognoſcendum ſit. Atque hic cognoſcendi locus.

II. De ea uſucapione tres ſunt quæſtioſtiones. Prima, an omnino ſervitutes uſucapi poſſint. Altera, ſi poſſunt, an omnes. Tertia, ſi quæ poſſunt, quomodo uſu acquirantur.

III. An ſervitutes ullæ ſimpliciter uſucapi poſſint, dubium fecerunt contrarii in ſpeciem de hac re ſcripti loci, & natura uſucapionis. Servitutes in univerſum uſucapi non poſſe, effectum eſt lege [1] Scribonia. *L.* 4. *§. ult. D. de uſuc.* Quæ & ſententia compluribus locis a veteribus uſurpata legitur in Pandectis, ut Paulo, Caio, Ulpiano, *L. ſervitutes prædiorum*, in pr. *D. de ſervit. L. ſervus*, *§. incorporales*, *D. de acq. rer. dom. L. ſi aliena*, 10. *§. hoc iure*, *D. de uſuc.* Et ratio ac natura uſucapionis id ſuadet. Nam uſucapio ut procedat, inter alia duas res maxime deſiderat, poſſeſſionem eius rei, quam uſucapere volumus, & eius poſſeſſionis contiuuationem per tempus lege con-

1) Quam plebiſcitum fuiſſe vult Cuiac. *in L.* 4. *§. ult. de uſuc. in fin.* Cic. in *Bruto*. L. Scribonii Trib. pl meminit. Sed Rævardo *Lib. ad L. Scribon. C.* 1. videtur hæc lex Conſularis, cuius auctor L. Scribonius Libo; qui Conſul tempore Tiberii Collega Statilii Tauri, cuius mentio Dioni *Lib.* 57. Sed num ante Legem Scriboniam uſucapi potuerunt? Ita vult Cuiac. *d. loc. per. d. §. ult. v. ſuſtulit*. Ræv. *d. Lib. C.* 2. potuiſſe non ex ſui natura & vere, ſed quadam fictione ex prudentum auctoritate. Quod *C.* 3. confirmat auctoritate Senecæ 6. *de Benef.* 5. & Cicer. *pro Cæcinna*. Qui tamen loci parum ad rem mihi facere videntur, maxime prior. Lata autem lege Scribonia, uſucapionem ſervitutum civilem, (quam itidem biennalem fuiſſe vult, ex loco Aggeni Urbici *in Frontinum*) exoleviſſe, in eiuſque locum longi temporis acquiſitionem ſucceſſiſſe, ſcribit, ibid. *C.* 5. Hotom. 4. *Obſ.* 2. *in fin.* Uſucapionem ſervitutum lege 12. Tabb. nominatim de corporibus ſcripta, non permiſſam; prava & inveterata conſuetudine, quæ ius faceret, inductam; abrogatam deinde lege Scribonia. Sed Rob. 4 *Sent.* 8. Lex Scribonia, ait, ſuſtulit ſervitutum uſucapionem, non, quod ante uſucapi potuerint, ſed quia definivit non poſſe uſucapi, eo quod iuris regulæ, ac natura uſucapionis impediant. Obiic. At libertas uſucapi ſemper potuit; contrariorum autem eadem ratio. Reſp. Robertus: Diverſitas inde: Negligentia continua eſſe poteſt, diligentia & uſus nequit: deinde non vera eſt uſucapio libertatis, nam nec bonæ fidei, nec titulum requirit, ſed receptio ex amiſſione ſervitutis per non uſum. Quod non uſquequaque admittendum, vide *infra C. ult* Putat Cuiac. *d. lo.* Scriboniam legem ad ſolas ſervitutes urbanas pertinuiſſe, quia & in illis ſolis uſucapio libertatis, & per *L.* 14. *h. t.* in verbis, *idem obſervatur* ſcilicet non ex ſuperiori ratione, ſed ex lege Scribonia. Sed id refellit Ræv. *d. Lib. C.* 6. & ea omnium uſucapionum ſublatam, Coraſ. 5. *Miſc.* 5. n. 4. & ad *L.* 14. *h. t.* n. 24.

Digitized by Google

conſtitutum. Sine poſſeſſione uſucapio non contingit. *L. fine, D. de uſuc.* & uſucapio definitur, acquiſitio per continuationem poſſeſſionis. *L. 3, D. eod.* At prius non admittunt ſervitutes, poſterius pleræque. Prius certum. Incorporalia namque poſſideri non poſſunt. *L.* 3. in pr. *D. de acq. poſſ.* Servitutes autem res ſunt incorporales. *Inſt. de reb. cor. & incorp.* quam etiam ob cauſſam dicuntur uſucapionem non recipere in *d. L. ſervus, §. incorporales, de acq. rer. do.* Sed nec omnes ſervitutes videntur habere continuam poſſeſſionem, quales ſunt prædiorum ruſticorum, ut iter, actus, via; quoniam nemo perpetuo & continenter ire poteſt. Quo fit, ut etiam hac de cauſſa uſucapi non poſſint. Et utramque hanc rationem complexus eſt Paulus in *d. L. ſervitutes prædiorum, de ſervit.* explicans videlicet legem Scriboniam, quam idem commemorat in *d. L.* 4. *§. ultim. de uſuc.* Ex adverſo aliis locis compluribus traditur ſervitutem longo uſu & longo tempore acquiri, ſi quis ſervitute uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario. *L. ſi quis diuturno, D. ſi ſervit. vind. L.* 1. in fin. *D. de aq. pl. arc. L.* 1. & 2. *C. de ſervit. L. ultim.* in fin. *C. de præſcr. long. temp.*

IV. Ad hæc concilianda illud ſtatim videtur recte dici poſſe, legem Scriboniam, & veteres illos, qui ex ea lege negarunt ſervitutes poſſe uſucapi [a] ſenſiſſe de uſucapione ſuorum temporum. Nam de alia ſentire & loqui quomodo potuerunt? Iam vero illis temporibus, & in univerſum ante tempora Iuſtiniani, & legem eius, quæ eſt de uſucapione transformanda, uſucapio uſitata in prædiis & Italico ſolo fuit biennii. *L. unica, C. de uſucap. transform. Inſtit. de uſuc.* in princip. Quo ſenſu & lex Scribonia, & veteres illi hoc dicere intelliguntur, ſervitutes non poſſe uſucapi biennio. At iſto modo iam illi alii loci, quos in contrariam ſententiam citavimus, nihil contrarii dicere reperiuntur: utpote in quibus omnibus dicitur quidem ſervitus uſu acquiri, ſed non niſi uſu longo & diuturno, longa & diuturna poſſeſſione. Longa autem poſſeſſio & diuturna eſt decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, *d. L. unica, C. de uſucap. transform. L. ſuper, C. de præſ. long. temp. L. ſi cum fideicommiſſa, §. Ariſto, D. qui & a quib. manum. lib. non ſi.* Et eſſet in primis expedita hæc reſponſio ad conciliationem, ſi quidem inhibita ſervitutum uſucapione, nihil amplius diceretur, aut intelligeretur, quam non poſſe uſucapi biennio. Sed non hoc tantum ſimpliciter dicitur, eas uſucapi non poſſe, ne quis ſtatim ex ſententia ſcriptorum biennium interpretetur: verum in *d. L. ſi aliena,* 10. *§. hoc iure, D. de uſuc.* diſerte ſcriptum eſt, hoc iure nos uti, ut ſervitutes per ſe nuſquam vel longo tempore capi poſſint. Quod iam plane ſuperioribus locis etiam in tempore uſucapionis adverſatur. In quo augetur etiam ἀντινομία ex perſona auctoris. Ulpianus eſt enim, qui poſterius hoc ſcripſit. Qui tamen idem auctor eſt *L. ſi quis diuturno, D. ſi ſervit. vind.* ubi ſcribit, ſi quis aquam duxerit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, eum longo uſu & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactum eſſe, id eſt, ut aliis verbis explicatur in *L.* 2. *C. de ſervit.* ſervitutem aquæductus tempore quæſiſſe. Huc accedit, quod etſi nuſquam alibi negaretur ſervitus longo tempore capi poſſe: ſed tantum ſimpliciter diceretur non poſſe uſucapi; tamen in huius ſententiæ interpretatione impediret nos voluntas Iuſtiniani, qui profitetur, ſe omnia veterum ſcripta relata affirmanter in Pandectas ſua facere, & perinde accipi velle, quaſi a ſe ſcripta. *L.* 1. *§. omnia enim, L.* 2. *§. tanta, C. de vet. iur. enucl.* Iuſtinianus autem cum de uſucapione rerum loquitur, intelligi vult uſucapionem ſecundum formam ſuæ conſtitutionis, nempe in rebus immobilibus decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. *Inſtit. de uſucap.* in princ. Idemque in ſervitutibus exemplo rerum immobilium. *L. ultim.* in fin. *C. de præſcr. long. temp. L.* 2. *C. de ſervit.* Quibus rebus efficitur, ut quibuſcumque in locis traditur ſimpliciter ſervitutes uſucapi non poſſe, non debeamus dubitare, quin ſive ex veterum, ſive ex Iuſtiniani ſententia ita ſit accipiendum, ut nec longo tempore capi poſſint.

V. Quid ergo relinquitur ad conciliationem? Id quod illi ipſi loci oſtendunt, qui ſunt ſcripti de ſervitute longo uſu acquirenda. Non enim in illis dicitur uſu longo impoſita ſervitus, ſed velut iure impoſita; non ſervitus quæſita, ſed quaſi ſervitus: & quod idem valet, longi temporis

[a]) Et ita Cuiac. *ad L.* 4. *§. ult. de uſuc.* Ræv. *ad L. Scribon. C.* 5. Pac. 3. Q. 53. ac fere Hotom. 4. *Obſ* 2. (qui tamen 8. *Obſ.* 10. hanc diſtinctionem Saliorum carmen vocat) A. Guib. *Lib.* QQ. *Cap.* 18. *n.* 11. & *ſeqq.* Vult. *in pr. I. de uſuc. n.* 23. A. Fab. 19. *Coniect.* 9. & 10.

poris conſuetudo in his vicem ſervitutis obtinere: ideo & in eam rem utilis eſſe actio, non directa. *L.* 1. in fin. *D. de aq. pl. ar. L.* 1. *C. de ſervit. L. ſi quis diuturno*, *D. ſi ſervit. vind.* Quæ omnia declarant ipſo iure, ſeu proprie nullo unquam tempore ſervitutes uſucapi poſſe, quod prioribus locis traditum eſt, prohibente ſcilicet uſucapionis natura. Quippe cum uſucapio ſit rerum poſſeſſarum, ſervitutes autem poſſideri non poſſint. At eaſdem longo uſu velut poſſeſſas ſic acquiri, ut ſi minus directa actione, quæ ex verbis legis eſt, vindicari poſſunt, at poſſint utili, tanquam ſervitute iure impoſita. Neque hoc alia ex re efficitur, quam ex ſervitutis poſſeſſione; ne quis forte hanc deeſſe obiiciat contra legem uſucapionis. Sane enim ſervitutes vere poſſideri non poſſunt: quam poſſeſſionem dum ſpectamus, recte dicitur; iure eas uſucapi non poſſe. At quaſi poſſidentur, unde quaſi poſſeſſio aquæductus in *L. ſi quis diuturno*, *D. ſi ſerv. vind.* Uſus enim in his pro poſſeſſione eſt, *L. ult. de ſervit.* Et quidem eo effectu iuris, ut ſæpe in his dicatur abſolute ſervitus poſſideri. *L. ultim. D. de iti. act. pri. L. ſervitutes*, in princip. *D. de ſer. urb. præd.* Unde & interdicta non quaſi poſſeſſoria dicta, ſed abſolute poſſeſſoria. *d. L. ult. D. de ſervit.* Ex quo rurſum evenire neceſſe eſt, ut quemadmodum longa poſſeſſione non acquiruntur, quia hæc poſſeſſio in his nulla eſt, ita contraria de cauſſa recte dicantur [3] quaſi uſucapi, quæ & quaſi poſſidentur. Et hæc quidem cauſſa expreſſa eſt in *d. L. ſi quis diuturno*, *ſi ſerv. vind.* ubi dicitur, ius aquæ ducendæ quæſitum eſſe diuturno uſu & longa non poſſeſſione, ſed quaſi poſſeſſione. Qua ratione ſimul de poſſeſſione reſponſum eſt, quam negabamus in ſervitutibus intervenire. De continuatione poſſeſſionis ſequenti loco dicetur.

VI. Poſſunt ergo ſervitutes longo uſu ita acquiri, ut propoſuimus. Quæ acquiſitio etii vere & ſubtili iure uſucapio non

eſt: quia tamen iuſtæ uſucapionis vim habet, & ſervitus hoc modo iure non conſtituta, tamen pro iure conſtituta habetur: liceat nobis in hac cauſſa ſic uti verbo uſucapionis, ut etiam ſervitutes iſta poſſeſſione uſucapi dicantur. Nam & in *L.* 2. *C. de ſervit.* dicuntur abſolute tempore acquiri, eadem plane ſignificatione.

VII. Sequens quæſtio eſt, poſtquam conſtat ſervitutes ſaltem aliquas uſu acquiri poſſe, an poſſint omnes, tam ruſticorum, quam urbanorum prædiorum.

VIII. Et hic animadvertendus eſt vulgaris [4] interpretum error, qui ad noſtram uſque ætatem invaluit, & lubrico lapſu pervaſit etiam in mores regionum. Illi decepti ratione Pauli, quæ eſt in *L. ſervitutes prædiorum D. de ſervit.* de quibuſdam ſervitutibus, quarum non videatur eſſe continua poſſeſſio: dum in verbis hærent, nec rem ipſam, & totam ſententiam eius loci expendunt, induxerunt hanc diviſionem, & ſententiam de ſervitutum uſucapione, ut dicerent ſervitutum quaſdam eſſe continuas, quaſdam diſcontinuas. Continuas, quæ continuam poſſeſſionem haberent, ut ſunt ſervitutes urbanorum prædiorum: veluti tigni immittendi in parietem vicini, aut immittendi ſtillicidii in ædes aut aream vicini: quæ ſemel immiſſa perdurant, & hac poſſeſſione ſervitutes hæ retinentur. *L. ſervitutes*, *D. de ſerv. urb. præd.* Diſcontinuas, quæ non haberent continuam poſſeſſionem, veluti iter, de quo ſcriptum eſt in *d. L. ſervitutes praediorum*, *de ſervit.* neminem tam continenter, tamque perpetuo ire poſſe, ut nullo momento videatur interpellari eius poſſeſſio. Continuas longo uſu acquiri poſſe, qualem eſſe volunt aquæductum, de quo in *L. ſi quis diuturno*, *ſi ſervit. vindic.* & *L.* 2. *C. de ſervit.* Diſcontinuas non poſſe, veluti iter, *d. L. ſervitutes praediorum*, *de ſervit.* Hæc ſententia noſtra ætate a doctis viris animadverſa, ab omnibus prope uno ore improbata eſt. Tentata pri-

3) Ita & Connan. 4. *Comm.* 10. *n.* 11. Temporis præſcriptionem vice ſervitutis fungi & *C.* 12. *n.* 16. conſectuſam duci ex diuturno uſu, ſciente & patiente domino ſuiſſe iure impoſitam, & eodem modo Rob. 4. *Sent.* 8. Duar. 1. *Diſp.* 34. *&* *ad L.* 14. *h. t.* & in *priore Comm. de Uſuc.* *&* *in poſter.* *C.* 3. quia quaſi poſſeſſio quaſi uſucapio inde, quia vetuſtas poſſeſſionis vice legis, *L.* 1. *§. ult. de aq. pl. arc.* & actio utilis ac quaſi ſervitus, P. Gragian. *Paradox. C.* 46. Charond. 1. *Veriſim.* 5. Coraſ. 5. *Miſc.* 5. *n.* 5. & ex eo lo. Hennequin. *in not. ad Accurſ. in L.* 2. *C. h. t.* non veram ac propriam ſervitutem eſſe, quia duretur actio directa; dici autem quod acquiratur longo tempore *d. L.* 2. conſiderato effectu. Et P. Gilken. *de Praeſcript. P.* 2. *Membro* 1. *C.* 10. *n.* 12. *&* *ſeqq.* ſcribit magis iure præſumptionis, quam præſcriptionis acquiri. Male autem Govean. 1. *Var. Lect.* 14. non uſucapi ſervitutem, ideo quia non ſint in bonis *L.* 1. *de uſ. leg.* (cuius longe alius ſenſus) tempore autem acquiri, id eſt tempus eſſe modum acquirendi, ſicuti pactum, ſtipulatio, legatum. Nam nuſpiam hic modus ita relatus, & tempus nullius rei acquirendæ modus! *L.* 44. *§.* 1. *de O. & A.* In uſucapionibus enim dominium lex adiicit, non tempus. M. Lyclama *Lib.* 2. *Membr. ecloga.* 6.

4) Martin. Laudenſ. *in Repet. L.* 14. *h. t. n.* 2. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 19. *n.* 4. ſervitutes diſcontinuæ præſcriptionem immemorialem tribuens, Padilla *ad L.* 1. *&* 2. *C. h. t.* Sich. *ad d. L.* 1. *n.* 2. Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 84. *n.* 6. Vital. 2. *Var. Lect.* 13. & alii, quos refert Gilken. *de Praeſ. P.* 2. *Memb.* 1. *C.* 10. *n.* 3.

Digitized by Google

mum accurate a Longovallio, poſt deinde & ab aliis conſpirantibus ſententiis repudiata, ut Barone, Duareno, [5] Connano.

IX. Et merito. Eſt enim perſpicue falſa, ſive diſtinctionem iſtam ſpectemus poſſeſſionis continuæ & diſcontinuæ, quam ſtatuunt, ſive ius uſucapionis, quod negant. Nam quod ad poſſeſſionem ſervitutum attinet: nulla eſt ſervitus, cuius non ſit [6] continua poſſeſſio, cum ſemel cœperit, ſimiliter ut rerum corporalium: quoniam ut quis uſum earum intermiſerit, poſſeſſio tamen animo retinetur: de quo mox plura. Quod autem attinet ad uſucapionem, certo ſtatuere debemus omnes ſervitutes [7] longo tempore acquiri poſſe ex æquo: id eſt, & urbanorum & ruſticorum ſervitutes quaſcumque. De omnibus generalis definitio eſt in *L. ult.* in fin. *C. de præſcr. long. temp. L.* 1. in fin. *D. de aq. plu. arc.* Quod ſi res ad ſpeciem conferenda eſt, ne hoc quidem dubitari debet, quin eæ ſervitutes, quibus continenter uti non poſſumus, &, ut iſti loquuntur, quarum poſſeſſio non eſt continua, poſſint ſimiliter longo uſu & longa quaſi poſſeſſione acquiri. Argumento certiſſimo tres, uſusfructus, aquæductus, iter etiam ipſum, quod omnes fatentur in hoc numero haberi. Uſumfructum longo tempore uſu capi poſſe. Nominatim ſcriptum eſt in *L. ult.* in fin. *C. de præſcr. long. tem.* At certe quod de itinere ſcribit Paulus in *L. ſervitutes prædiorum, de ſervit.* Hoc idem conſtat & in uſumfructum competere, neminem ſcilicet tam continenter, tamque perpetuo frui poſſe, quin aliquo momento factum fruendi interpelletur. Certe dormiens uti frui dici non poteſt. Res enim animi eſt & voluntatis frui. Quod factum in dormientem non cadit. *L.* 1. *§.* 1. *D. de acq. poſ.* In eadem cauſſa eſt aquæductus, tametſi illi diſſentiunt ad *L. ſi quis diuturno, ſi ſerv. vind.* ſed male. Nam ne hic quidem eiuſmodi eſt, ut perpetuo & omnibus horis quis aquam ducat. Id experientia probat ſine aliis teſtibus. Et tamen ſi teſtes quærimus in re non neceſſaria, diſerte traditur in *L. ſi ſic conſtituta, L. aquam, D. quem. ſer. amit. L.* 1. in princ. *D. de aq. quot. & æſt.* At hunc concedunt omnes longo tempore uſu acquiri, quod diſerte traditur in *d. L. ſi quis diuturno, D. ſi ſer. vind. d. L.* 2. *C. de ſervit.* Ut deſint cætera; tamen illorum omnium confeſſione iter eſt eiuſmodi ſervitus, quam intelligi volunt continuam poſſeſſionem non habere, & ut loquuntur, ſervitutem eſſe diſcontinuam, *d. L. ſervitutes prædiorum, de ſervit.* At hoc ipſum iter longo uſu non minus acquiri poteſt, quam aquæductus: quod ita demonſtratur. Nulli competit interdictum de itinere actuque privato reficiendo, niſi cui iter debetur, ſeu qui ius itineris quæſitum habet. *L.* 3. *§. hoc autem, D. de iti. act. pri.* At competit hoc interdictum ei, qui itinere diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario, quæ & aquæductus uſucapiendi ratio eſt. *L. apparet,* 5. *§. pen. D. eod.* Ergo qui itinere longo tempore uſus eſt, is ius itineris ſeu ſervitutem quæſitam habet. Quod ſi in itinere recipimus; non dubium, quin cæteræ ſervitutes, quæ magis continuam poſſeſſionem habent, eodem uſu poſſint acquiri.

X. Sed movet eos & poſſeſſionis ratio, & quorumdam locorum auctoritas; quibus ſcilicet ad ſententiæ ſuæ confirmationem utuntur. Quam recte, videamus. Poſſeſſionis, inquiunt, ratio ad uſucapionem hæc eſt, ut non ſolum poſſidere oporteat, quod uſucapias; ſed etiam continenter poſſidere, ut ante dixi. Eſt enim uſucapio acquiſitio per continuationem poſſeſſionis. *L.* 3. *D. de uſuc.* Quare ſi quæ ſunt ſervitutes, quæ continuam poſſeſ-

5) Parlador. 1. *Rer. quotid.* 1. §. 8. Bron. 1. *Aſſ.* 92. Et reprobat eandem A. Fab. 19. *Coniect.* 9. ac in *Cod. Fabriano h. t. Def.* 3. *n.* 3.

6) Diſſentiunt tamen hic Hotom. 4. *Obſ.* 2. Coiac. ad *L.* 4. *§. ult. de uſucap.* Vital. 2. *Var. Lect.* 13. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 7. *n.* 8. A. Fab. 19. *Coniect.* 9. qui admittunt alias ſervitutes poſſeſſionem continuam habere, alias non item, cauſſam tamen continuam omnes requirere fere dicunt. Aliter Rob. 4. *Sent.* 8. volens quaſi poſſeſſionem in nulla ſervitute poſſe eſſe continuam. Uſus enim ille eſt quaſi poſſeſſio, ait, & ita illa quaſi poſſeſſio non etiam iuris ſimul eſt, ſicuti vera; ſed prorſus facti & non continua, quia factum utendi perpetuum eſſe nequit. *Ibid.* probat, nec ſervitutis urbanæ uſum ſemper perpetuum ac ſine intermiſſione, per *L.* 20. *§.* 2. *V. P.* Quæ & fere Longovallii opinio fuit contendentis omnes ſervitutes eſſe diſcontinuas ratione uſus, relata a Coraſ. *ad L.* 14. *s. h. n.* 4. Sane uſum in urbanis quoque non continuum requiri verius omnino videtur. Idque plane probat *L.* 28. *V. P.* Quin & ſervitus tigni immittendi, cum foramen manet in pariete ſerviente, quamvis tignum nullum manſerit immiſſum, adhuc utilis, quia quando libet licet immittere, M. Lyclama 2. *Memb.* 8. Neque enim hoc ſervitus tigni immittendi continetur, ut neceſſe ſit nobis tignum immiſſum habere, exigente id huius ſervitutis natura, ut continuus ſit uſus, ſine quo nec exiſtat, ſed ut cum libet, immittere liceat *L.* 16. *ſi ſervit. vind.* Amplius dico hanc & alias eiuſdem generis ſervitutes iam acquiſitas eſſe priuſquam uſus exerceatur, ut in *L.* 23. *§.* 1. *V. P. L.* 10. *R. P.* vid. *ſupra C.* 9. *N.* 12. *& C.* 10. *N.* 8. Nec ideo ob uſum non aſſiduum poſſeſſio diſcontinua, alias quandoque poſſeſſio ſervitutis plane nulla eſſet. Nec uſus ſimpliciter pro poſſeſſione, ſed pro traditione eius, *d. L. ult. h. t.*

7) Quod & confirmat Gilken. *de Præſcript. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 12. *& ſeqq.* vid. de *Uſucapione ſervitutum* præter iam ante laudatos Cæpolla *de Serv. urb. C.* 20. P. Greg. 40. *Synt.* 4. Fachin. 8. *Contr.* 22. Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 65. *n.* 6. *&* 7.

Digitized by Google

ſeſſionem non habent, cogit lex uſucapionis, ut quemadmodum nec continenter quaſi poſſideri poſſunt, ſic nec poſſint etiam quaſi uſu acquiri. Et hoc veriſſimum eſſe agnoſco, & perpetuum. Sed hic illorum error eſt, quod ſtatuunt aliquas eſſe ſervitutes, quæ cum ſemel poſſideri cœperint, non habeant continuam poſſeſſionem. Quod ſecus eſt. Ipſum etiam iter, quo quis ſuo iure per fundum alienum utitur, continuam habet poſſeſſionem, quandiu qui id habet, animum eundi non omittat. Non habet quidem continuum uſum, quia nemo poteſt ire perpetuo, & ſine intermiſſione. Sed non eo minus iter poſſidet, qui corpore ſuo ire deſiit: quia hoc animo eſt, ut quamvis egreſſus fundo, velit tamen ius eundi retinere. Poſſeſſio autem animo ſolo retinetur. *§. poſſidere, Inſt. de interd. L. 3. §. in amittenda, L. clam, §. ult. D. de acq. poſſ.* Neque hoc quiſquam ius eſſe putet tantum in rebus corporalibus poſſeſſis. Etiam in poſſeſſione ſervitutum locum habet. Quidni, cum & hic ipſe animus in ſervitutum uſu ſimiliter ad retinendum interveniat? Quod ne quis ita eſſe dubitet, argumento erit interdictum de itinere actuque privato, quod cum ei competat, etiam qui tempore interdicti redditi itinere uſus non ſit: tamen dicitur eſſe interdictum tuendæ poſſeſſionis cauſſa. *L. 1. §. 1. §. 2. D. de iti. act. priv.* Tuendæ, id eſt, retinendæ. Sic enim tuetur poſſeſſionem prætor, dum ei, qui eam tenet, quominus ita teneat, vim fieri prohibet. Ita fit, ut non retineatur poſſeſſio, niſi quæ prius fuit, & nunc etiam manet. Quapropter ſi is, qui corpore it per fundum ſuo iure, tantiſper dum id facit, iter poſſidet, ut dicitur poſſidere: *L. ult. D. de iti. act. pri.* etiam cum exierit e fundo non relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reverſurus, cum opus erit, ſine dubio idem iter nihilominus poſſidebit, qui animo retinet poſſeſſionem. *d. §. poſſidere, Inſt. de interd.*

XI. Hic obiicitur ab illis dictum Pauli, quo deceptos eos eſſe apparet, ex *d. L. ſervitutes prædiorum. D. de ſervit.* ſcribit ille diſerte, neminem tam perpetuo, tamque continenter ire poſſe, ut nullo momento poſſeſſio eius interpellari videatur. Nullo, id eſt, non aliquo momento. Sed cum certi iuris eſſet etiam in rebus corporalibus animo retineri poſſeſſionem, quod multo citius in incorporalibus, in quibus potiſſimum animus valet, dicendum ſit: erat intelligentium interpretum nunquam dictum Pauli ſic interpretari, quaſi vellet poſſeſſionem omnem itineris cum actu eundi abſolute interpellari, niſi quæ neceſſitas orationis id ita interpretari cogeret. Quid enim? Hic affirmaret Paulus poſſeſſionem animo non retineri, contra manifeſtam & receptam conſtitutionem iuris, & quam ipſemet poſuiſſet pro explorata in *L. 3. §. in amittenda, §. ſaltus, D. de acq. poſ.*? Nunquam id faceret. Quæ ergo neceſſitas illos cogebat ſuperius illud dictum Pauli adverſus hanc ſententiam ratam iuris interpretari? Plane nulla. Cum commode aut de poſſeſſione corporali id dictum accipere liceret: aut ſi hoc non placeret propter generalitatem verbi, liceret dicere id, quod verba concedunt, id affirmanter a Paulo dictum non eſſe. Et res ita habet: aut de poſſeſſione corporali, quæ eſt in actu ipſo eundi, dixit Paulus hanc, intermiſſo eundi actu, una quoque interpellari: aut ſi propter generalitatem orationis omnem poſſeſſionem accipi placet etiam, quæ animo retinetur: illud retinendum, quod ſequitur, & in eo urgendo verba Pauli, ut concedamus poſſeſſionem itineris ſæpe multis momentis interpellari videri, at non ſimpliciter & abſolute interpellari. Recte videri. Videtur enim propter corporalem poſſeſſionem, ſeu actum ipſum eundi, quem conſtat perpetuo continuari non poſſe. Re autem vera non interpellatur poſſeſſio, quæ etſi corpore a fundo diſceſſeris, animo tamen retinetur, ut oſtendi. Quæ ſi ita ſunt, habent omnes ſervitutes natura ſua continuam poſſeſſionem, non tantum quæ urbanorum prædiorum ſunt, ſed & quæ ruſticorum. Tantum hoc intereſt, quod priores, quæ in ſuperficie ſunt, habent continuam non tantum animo, ſed etiam habendi uſu & conſuetudine, id eſt, corpore. *L. ſervitutes. D. de ſer. urb. præd.* Poſteriores autem non ſane continuam corporali uſu, qui ſæpe interrumpitur: attamen continuam animo; quia poſſeſſio animo ſolo retinetur. At hoc tantumdem valet. Ita diſtinctio illa continuarum & diſcontinuarum ſervitutum tollitur. Qua ſublata, ſi verum eſt ex iſtorum ſententia omnes ſervitutes uſucapi poſſe, quæ continuam poſſeſſionem habent, efficitur hac ipſa ſententia, omnes pariter recipere uſucapionem, poſtquam omnes continuam poſſeſſionem habere probantur.

XII. Obiiciuntur tamen & hic nonnulli alii loci, qui multo deterius in eamdem illam iſtorum ſententiam detorti ſunt. In quibus video tres eſſe. Ac primum

ſunt, qui utantur ad eam confirmationem etiam *d. L. ſervitutes prædiorum, D. de ſervit.* Paulus enim illic ſcribit, ſervitutes prædiorum ruſticorum uſu non capi. Et inter alia reddit hanc rationem, quod nemo tam continenter ire poſſit, ut non aliquando interpellari videatur eius poſſeſſio. Quæ quidem ratio propria eſt ſervitutum huius generis. Nam ſervitutes, quæ in ſuperficie ſunt, id eſt, urbanæ, poſſeſſione continua retinentur, *d. L. ſervitutes, de ſervit. urb. præd.* Dicendum igitur, hac ratione ceſſante in ſervitutibus urbanorum prædiorum, de earum uſucapione idem ius ſtatui non debere. *arg. in L. quid enim, D. de iud. L. quod dictum, D. de pact.* Hinc fieri, ut has ab illis diſtinctas eſſe oporteat: atque ita cum ſtatuerimus urbanas, & ſimiles, quæ habent poſſeſſionem continuam, longo uſu capi poſſe, ſemper hoc relinquatur ruſticas eodem modo acquiri non poſſe. Et recte hoc diceretur, niſi de ſententia Pauli in eo loco liqueret: generaliter ſtatuentis pariter ſervitutes omnes uſucapi non poſſe. Scribit quidem initio de ſervitutibus ruſticis has non uſucapi, & in iis duabus rationibus huius iuris, quas reddit, ponit unam, quæ ſit harum ſervitutum propria. Sed quid refert? ſubiicit enim ſtatim, idem & in ſervitutibus prædiorum urbanorum obſervari. Cur ergo prius poſuit rationem prioris generis propriam? quia non hanc ſolam poſuit, ſed [8] & aliam omnium ſervitutum communem, quod ſervitutes incorporales ſint, eoque nec poſſint poſſideri. Ex quo poterat intelligi ex æquo omnes uſucapi non poſſe. Verum ut hoc ius magis confirmaretur in ſervitutibus ruſticis, viſum eſt & aliam rationem addere harum propriam. Quæ tamen cum non ſit ſola; inepte ex ea colligatur aliud ius eſſe in ſervitutibus urbanis. Hac enim remota, relinquitur ſemper altera, quæ ad omnes ex æquo pertinet. Quapropter quod de eo loco breviter dicendum ſit, ex eo aut omnes ſervitutes uſucapi poſſunt, aut nullæ. At iſti fatentur nihilominus ſervitutes urbanorum prædiorum longo uſu acquiri poſſe, neque eum locum obſtare. Fateantur igitur, ne eum quidem locum obſtare, quominus idem de ſervitutibus ruſticis dicere liceat, quæ in eadem cauſſa circa uſucapionem habentur.

XIII. Alter locus eſt eiuſdem Pauli, quo maxime nituntur, in *L. foramen, D. de ſervit. urb. præd.* ubi is foramen, quod in pariete noſtro habetur pavimenti proluendi cauſſa, negat tempore acquiri, ſi modo in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: idque hac ratione, quia perpetuam cauſſam non habeat, quod manu fit. Hinc colligi volunt, ſi quæ ſit ſervitus, quæ perpetuam & continentem poſſeſſionem ſeu uſum non habeat, eam longo tempore acquiri non poſſe. Sed magno & manifeſto errore hoc ab illis colligitur. Neque enim eadem ſunt, [9] cauſſa ſervitutis, & ſervitutis poſſeſſio, & ſi eſſent eadem, aperte eo loco contrarium efficeretur, ut iſto ſenſu non alius locus magis eos oppugnet. Diverſa hæc eſſe non aliis magis, quam ipſis auctoribus probari poteſt, ſi ſibi velint conſtare. Paulus enim ibidem ait, omnes ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debere; ut ſit ſenſus, nullas eſſe ſervitutes prædiorum, quæ perpetuas cauſſas non habeant; ac proinde ſi quæ vere ſunt ſervitutes, eas habere cauſſam perpetuam. Illi autem dicunt non omnes ſervitutes habere poſſeſſionem perpetuam, etiamſi maxime ſint ſervitutes, ut iter. Aut igitur Paulus falſum ſcripſit, aut ex illorum etiam ſententia aliud eſt cauſſa ſervitutis perpetua, aliud ſervitutis perpetua & continua poſſeſſio. Et vero longe hæc diverſa ſunt, ut eodem exemplo foraminis probatur. Nam id foramen ſervitutis cauſſam habet eam aquam, quæ manu iniicitur, auctore Paulo. Hæc, inquam, non eſt cauſſa perpetua: quia non eſt perpetuum, quod fit manu. At idem foramen ſemel immiſſum habet continuam poſſeſſionem, ut omnia quæ immittuntur in alienum: quæ cum maneant, eodem ſemper uſu retinentur. *L. ſervitutes, D. de ſervit. urb. præd.* Demus tamen illis, quod volunt, eadem hæc eſſe, cauſſam ſervitutis & poſſeſſionem. Iam hic ipſe locus adverſus eos ſtabit, ut non alius magis adverſetur. Nam, ut dixi, Paulus illic ſcribit, omnes ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere, ſi vere ſunt ſervitutes. Si eadem ſunt, ſervitutis cauſſa, & poſſeſſio; nempe hoc dicere intelligetur, omnes ſervitutes prædiorum habere perpetuas & continuas poſſeſſiones. At hoc ſi verum eſt, an non vident iuxta ſententiam ſuam hoc effici ex eo loco, omnes ſer-

8) Ita & Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 8. *n.* 34. *& ſeq.* quando in lege plures rationes, ſatis eſt unam ſupereſſe ut diſpoſitioni locus ſit.

9) Quod & ſcite probat Parlador. *d.* §. 8 *n.* 11. *& ſeqq. d. L.* 28. exponens, & Accurſii ac vulgarem interpretationem refellens. Cauſſa enim eſt id ex quo ſervitus efficitur, ut in aquæductu, aquæhauſtu, cauſſa eſt aqua. Et aliud eſt perpetuum quod ſemper permanebit, aliud continuum, quod fit ſine intervallo, vid. & *ſupr. c.* 3. *n.* 2.

ſervitutes uſucapi poſſe? nam hoc prius pro certo ſumunt, recipere quaſi uſucapionem omnes, quæ continuam poſſeſſionem habent. Et breviter aut volunt diverſa iſta eſſe, cauſſam ſervitutis & poſſeſſionem; aut eadem. Si diverſa; locus ad rem nihil pertinet. Nihil enim vetat recte dici ſervitutem uſucapi poſſe, quæ cauſſam perpetuam non habet; & tamen aliquam uſucapi poſſe, quanvis non habeat perpetuam poſſeſſionem. Si hæc eadem, efficitur ſervitutes omnes poſſe uſucapi, id quod volumus.

XIV. Sed ſententia Pauli cognita, quæ ab illis in eo reſponſo percepta non eſt, rem omnem facile expediet. Sic autem ſententia ſe habet. Propoſitum eſt Paulo probare, eum qui foramen habuit in ſuo pariete eiiciendæ in aream alienam eius aquæ cauſſa, quæ pavimenti proluendi cauſſa manu iniiceretur; quanvis habuerit id foramen per longum tempus, & eo ſit uſus, tamen ius ita habendi eius foraminis tempore non quæſiiſſe. Probat autem non hac ratione, quia poſſit quidem huius foraminis habendi imponi ſervitus, ſed ſit ſervitus einſmodi, quæ perpetuam cauſſam non habeat, ac proinde nec uſucapione quæri poſſit. Id quod ſi diceret, aperte hoc diceret quaſdam ſervitutes habere perpetuas cauſſas, quaſdam non habere. Omnes quidem conſtitutione aliena acquiri poſſe; uſucapione autem eas non poſſe, quæ perpetuam cauſſam non habeant. Quo ſane ſenſu locus pro iſtis faceret hoc admiſſo, ut idem eſſet cauſſa ſervitutis, quod poſſeſſio. Cui ſententiæ locus nihil repugnaret. Sed nihil minus quam hoc ſentit aut dicit Paulus. Probat foramen, de quo quæritur, tempore non acquiri, non quia, inquam, ſit ſervitus, quæ cauſſam perpetuam non habeat: ſed quia plane huius foraminis habendi ius non ſit ſervitus. Ait enim hoc foramen [10] flumen non eſſe, ideſt, ſervitutem fluminis, & ſubiungit, nec tempore acquiri, nempe hoc ex illo inferens. Et recte. Prius eſt enim, ut aliquod ius poſſit eſſe ſervitus, quam ut tanquam ſervitus poſſit uſu acquiri. Ac ſervitutem in totum non eſſe, non tantum ſi quis uſucapione, ſed etſi domini ipſius conſtitutione eam quæſitam velit, probat eo argumento, quod ad omnem conſtitutionem ſervitutis pertineat. Sic autem argumentatur. Omnes ſervitutes prædiorum perpetuas cauſſas habere debent. Foramen quod proponitur, non habet perpetuam cauſſam ſervitutis. Huius enim cauſſa eſt aqua, quæ manu iniicitur: quod autem manu fit, non eſt perpetuum. Quare huius foraminis habendi ius non eſt ſervitus. Ex quo efficitur, quod propoſuit, quemadmodum flumen non eſt, ſic nec tempore acquiri. Dum tamen intelligamus non hoc tantum ad uſucapionis cauſſam pertinere; ſed eodem argumento effici, nec ſi conſtitutum hoc ius ſit a domino, tamen ſervitutem prædii eſſe poſſe. Semper enim verum erit id non habere perpetuam cauſſam; ſervitutes autem omnes quocumque modo conſtituantur, perpetuas cauſſas habere debere. Ex quo rurſum iam poteſt intelligi, etiam quod controverſiam in hac quæſtione dirimat: ſententiam nimirum eius reſponſi hanc eſſe, ut tum vere dicatur ſervitutem uſucapi non poſſe, cum prius conſtiterit id ius, quod uſu quæſitum volumus, non eſſe ſervitutem. Quod ſi quod ius per ſe poſſit eſſe ſervitus, tum mutata ratione nihil eſſe impedimento eius ſervitutis uſucapioni.

XV. Tertius & poſtremus locus nobis opponitur *L. 3. §. ductus, D. de aq. quot. & æſt.* ubi ita ſcriptum eſt: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam exceſſit, iure conſtituti loco habetur*. Ergo, inquiunt, niſi origo memoriam hominum excedat, pro conſtituto non habebitur. Proinde nec longo tantum uſu acquiretur. Fruſtra enim exigatur id tempus, cuius origo memoriam excedat, ſi decem annorum ſufficit. Sed ne quis hoc argumento facile unquam decipiatur, conſideret ſententiam, quam iſti colligunt, per ſe falſam eſſe. Diſerte enim traditur in *L. ſi quis diuturno, D. ſi ſervit. vind.* aquæductum, de quo agitur, longo tempore acquiri poſſe. Conſideret præterea, & ſi quis collectionem iſtam conceſſerit, argumentum tamen non modo pro iſtorum ſententia non facere, ſed etiam eam vehementer oppugnare, atque adeo totam evertere. Propoſitum eſt enim illis docere, non ſervitutes nullas longo uſu & tempore acquiri poſſe, ſed aliquas tantum, & eas, quæ non habent continuam poſſeſſionem. Atqui iſto argumento efficitur aut nullas uſucapi poſſe, aut omnes. Si aquæductus continuam poſſeſſionem habet, ut ipſorum ſententia habet in *d. L. ſi quis diuturno*. Hoc admiſſo, eum longo uſu non acquiri, fit non illud, quod volunt, diſcontinuas ſervitutes uſu non acquiri, ſed nullas, id eſt, ne

eas

10) *L. 1. V. P. L. ſiſtulas 13. ſi ſerv. vind.* Nec recte Accurſius *flumen* exponit lignum excavatum, in quo aqua pluvia vel alia colligatur, nec recte Longovallius accipit pro canali ſeu fiſtula, ceu refert & reprobat Parlador. *d.* §. 8. *n.* 20. *& ſeq.*

eas quidem, quæ continuam habent poſſeſſionem. In quo adverſus ſententiam ſuam ſupra poſitam bis faciunt. Primum quod diſtinctionem ſuam illam tollunt de ſervitutum uſucapione. Deinde quod hic admittunt aquæductum longo tempore non acquiri, quem acquiri fatentur in *d. L. ſi quis diuturno*. Rurſum ſi aquæductus non habet continuam poſſeſſionem, ut non habet, cum illis collibuit: vel hoc ipſo exemplo efficitur non modo continuas iſtas ſervitutes, quas intelligunt, longo uſu velut capi, ſed etiam omnes, etiam eas, quæ continuam poſſeſſionem non habent. Nam aquæductum non hunc aut illum, ſed ſimpliciter & generaliter aquæductum longo uſu & longa quaſi poſſeſſione acquiri diſerte traditum eſt in *d. L. ſi quis diuturno*.

XVI. Non me fugit Bartolum in *L. 2. C. de ſervit.* ad hæc concilianda, & nihilominus ad ſuam illam diſtinctionem de uſucapione ſervitutum retinendam aquæductum [11] diſtinguere, & quendam eſſe dicere, qui habeat perpetuam cauſſam, ſic enim loquitur; quendam, qui non habeat. Priorem longo tempore capi poſſe, & de eo agi in *d. L. ſi quis diuturno*. Poſteriorem non poſſe niſi eo tempore, cuius initii non exſtet memoria, & de eo agi in *d. L. 3. §. ductus, de aq. plu. arc.* Qua ſententia nihil poteſt dici inane, aut falſum magis. Nam de perpetua cauſſa aquæductus quod dicit; pluſquam certum eſt Paulum in *L. foramen, de ſervit. urb. præd.* hoc ſtatuere, omnes ſervitutes prædiorum, & quidem ruſticorum perpetuas cauſſas habere debere, & in his nominatim aquæductum. Quod ſi cauſſæ verbo intelligit Bartolus uſitato veterum illorum errore poſſeſſionem ſervitutis; docui ſupra omnem ſervitutem continuam ab animo poſſeſſionem habere: aut ſi poſſeſſionis verbo intelligimus corporalem ſervitutis uſum, docui aquæductum omnem natura ſua continuam iſtam poſseſſionem, id eſt continuum uſum non habere, cum non ſemper ducatur aqua. Et ut forte ſit iſta in aquæductu cauſsæ & poſseſſionis diſtinctio, quam falſo adſtruit; tamen illud quam ridiculum, quod *L. ſi quis diuturno*, interpretatur de aquæductu perpetuam cauſsam & poſſeſſionem habente: idem *d. L. 3. §. ductus*, accipi vult de aquæductu perpetuam iſtam cauſſam non habente? Et quo iure, aut qua tandem interpretandi lege; cum utroque in loco ſimpliciter & ſine ulla circumſcriptione ſcriptum ſit de aquæductu? An tam ſtultus erat Ulpianus in *d. L. ſi quis diuturno*, ut ſi ſentiret non omnem aquæductum longo uſu acquiri, diceret nihilominus ſimpliciter aquæductum acquiri iſto uſu, ac non exprimeret, quem aquæductum intelligeret vitandi erroris cauſſa? An e diverſo tam ineptus ſcriptor aut malitioſus Pomponius in *d. §. ductus*, ut ſi ſentiret aliquem aquæductum longo uſu capi poſſe, nihilominus diceret, aut ſignificaret ſimpliciter aquæductum longo uſu non acquiri; quo dicto ſtatim intelligeremus omnem non acquiri, aut certe quem accipi vellet, non intelligeremus? Nihil eorum ſano homini convenit, nedum Ulpiano aut Pomponio, peritis docendi & definiendi iuris ſcriptoribus. Denique ſcimus nihil eſſe uſitatius in interpretatione omnis ſcripti, & præcipue ſcripti iuris, quam oratione generali omnes ſpecies contineri. *L. ſi ſervitus, D. de ſerv. urb. præd. L. Mævius, 66. §. duorum, D. de leg. 1.* Item. ubi lex nihil diſtinguit, generaliter eam & ſine diſtinctione interpretandam. *L. 9. §. animadvertendum, D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam*, verſ. *a quo, D. de her. pet.* Hæc eo ſpectant, non ut velimus hac refutatione ſatis reſponſum eſſe *d. L. 3. §. ductus, de aq. quotid: & æſt.* cum ſi ea ſententia, quam illi inde colligunt, ipſos lædit, etiam nobis adverſetur, qui omnes ſervitutes longo uſu acquiri dicimus: ſed ut animadverſis tam multis vitiis, quæ ſunt in ſuperiore ſententia & diſtinctione Bartoli, ne unquam eam, ſi licet defugere, admittamus.

XVII. Sed quid ageremus, dicet aliquis. Locus aperte ita ſcriptus eſt: ductum aquæ cuius origo memoriam exceſſit, iure conſtituti loco haberi. Ex quo an non recte colligitur, ſi cuius aquæductus origo memoriam non exceſſerit, eum iure conſtituti loco non haberi, quantumvis longo tempore ſit poſſeſſus. Quorſum enim adiectio tam diuturni temporis, ſi quovis longo tempore poteſt aquæductus uſu acquiri? Scimus autem legem ſemper ita accipiendam, atque adeo ſententiam omnem, ne ſit inutilis. *L. 1. in fin. D. ad munic. L. ſi quando, 109. D. de leg. 1.* Ego vero ut de obiectione iam reſpondeam, aio ex ſuperiore loco nihil iſtius recte colligi, & nihilominus adiectionem & ſen-

11) Quam Bartoli diſtinctionem quoque refert & refellit A. Fab. 19. *Coniect.* 11. quia etſi aqua de cælo cadit, quo caſu nullum factum hominis intercedit, quam aquæductus ſpeciem continuam vocat Bartolus, nec tamen ſemper expedit prædio dominanti aquam continuo duci, ne quidem ſi aſſidue plueret, &c.

& ſententiam totam, uti ſcripta eſt, eſſe utilem. Aquæductus cuius originis non exſtet memoria, certo iure pro conſtituto habetur, atque hoc modo acquiritur. Ita eſt. Sed non ſi quid uno modo recte acquiri & conſtitui dicitur, ideo negatur alio modo acquiri & conſtitui poſſe. Alioqui cum dicitur in *L.* 3. *D. de uſufr.* uſumfructum conſtitui teſtamento, & ſine teſtamento pactionibus: dicendum eſſet uſumfructum non conſtitui a iudice in iudicio familiæ erciſcundæ vel communi dividundo; aut etiam non conſtitui lege. Quorum utrumque ſecus eſt, ut ſuo loco diximus. Item cum dicitur, traditionibus, & uſucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri *L. traditionibus, C. de pact.* conſequens eſſet dominium non transferri aliis modis puta legato, & ſimilibus pleriſque. Quapropter & in propoſito recte ita dicemus: aquæductus iure conſtituti loco habetur, cum origo aquæ ducendæ hominum memoriam exceſſit. Sed non eo minus verum eſt & alio modo acquiri poſſe, nempe longo tempore. Et quidem ita eum poſſe acquiri diſerte ſcriptum eſt in *d. L. ſi quis diuturno, D. ſi ſerv. vind.* & ſignificatur ſatis in *L.* 2. *C. de ſervit.* Neque ideo inutiliter dicetur aquæductus iure pro conſtituto haberi, cum per id tempus aqua ducta erit, cuius origo memoriam exceſſerit. Aliter enim [12] hoc modo pro conſtituto habetur; aliter cum longo ſolum tempore acquiritur. Nam priore modo dicitur ſimpliciter pro conſtituto haberi, nec quæritur, utrum qui uſus eſt, nec vi, nec clam, nec precario a domino poſſederit. Poſteriore autem non ſimpliciter; ſed ita, ſi quis præter longam poſſeſſionem nec vi, nec clam, nec precario ſervitute uſus fuerit, *d. L. ſi quis diuturno*. De quo iam dicetur.

CAP.

12) Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 17. accipit *d.* §. 4. de ductu aquæ ex flumine publico, per §. 2. *eiuſd. L.* ubi nulla poteſt eſſe domini ſcientia, qui nullus. Poſt 100. annos vero non ſervitutem conſtitutam, verum naturæ beneficio videri conceſſam, tanquam ſua ſponte eo aqua confluat, & ſere Robert. 4. *Sent.* 8. requiri ideo longius tempus, quia ſcientia domini exigi nequeat, cum flumen ſit nullius; ac Hot. 4. *Obſ.* 2. *P.* Gilken. *de Præſcript. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 28. *& ſeqq.* Quod & ex *L.* 7. *C. h. t.* confirmat Vult. *ad pr. I. de uſuc. n.* 23. Sed hoc diſplicet Ræv. *in Tribon. C.* 9. quem vide. Aliter Cuiac. 18. *Obſ.* 28. nonmemoriam requiri *d.* §. 4. non ut acquiratur, ſed ut iure conſtituti loco habeatur, & A. Fab. 19. *Coniect.* 11. quia cum iure conſtituti loco eſt, nihil eorum requiritur, quæ alias ad ſervitutes tempore acquirendas, ut ſcilicet ſuo iure non vi clam precario, uſus ſit. Quod in effectu cum noſtri ſententia convenit. Et probat Faber hanc diſtinctionem ex *L.* 1. §. *ul. de aq. pl. arc.* verbis: *longa conſuetudine vel ex iure impoſitam*; quibus vult ſeparari acquiſitionem decennalem a conſtitutione temporis immemorialis. Prior autem reſponſio noſtri ibi. *Non ſi quid uno &c.* tuta non videtur, quia ſi ſemel acquiſitum ius ſervitutis expleto decennio, non poteſt denuo acquiri completo tempore immemoriali *L.* 14. §. *ult. de exc. rei iud. & ſim.* Aliter Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 8. ad omnium ſervitutum acquiſitionem tempus immemoriale exigens. Temporali autem præſcriptione, quam admittit *L. ult. C. de præſc. lon. tem. L.* 2. *C. h. t.* non acquiri ſervitutes, nec inde actionem oriri, ſed tantum exceptionem. Aliter Hieron. *Elen. Lib.* 2. *Diatrib. C.* 11. omnes ſervitutes uſu 10. vel 20. annorum acquiri, modo bona fides adſit. De qua ſi nihil probetur, exigi tempus memoriam excedens.

Digitized by Google

C A P. XII.

Servitutes prædiorum non uno modo uſucapi, ut res corporales; ſed principaliter tribus; uno etiam per conſequentiam: Et quinam hi modi.

Continuatio. I.
Uſucapiuntur ſervitutes tribus modis primariis, uno autem ſecundario. II.
Servitutem uſucapit, ſi quis a non domino bona fide, ex iuſta cauſſa prædium alienum aceeperit, illudque longo tempore poſſederit. III.
Item ſi quis nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui erat prædii ſervientis dominus, diu fuerit uſus ſervitute. IV.
Secundus hic uſucapiendi modus quatuor deſiderat: 1. in acquirente uſum. V.
Hic cuiuſmodi ſit; in dubio adeſſe exiſtimatur; probatio ad negantem ſpectat. VI.
2. *Uſum continenter nec interrupte habitum*. VII.
3. *Et hunc ad longum & diuturnum tempus*. VIII.
4. *Sed nec vi, nec clam, nec precario cœptum, & continuatum*.
Quid ſit, uti vi, clam, & precario. IX.
Superior uſucapiendæ ſervitutis modus uſum longi temporis non interruptum, ſcientiam & patientiam domini; non autem titulum, aut bonam fidem requirit. X.
Propugnatur iſta definitio. XI.
Ulpiano aſſeritur in L. ſi quis diuturno, 10. D. ſi ſerv. vindic. XII.
Refellitur Duareni ſententia & interpretatio. XIII. XIV. XV.
Iterum & tertio ſervitutem acquirit qui utitur ad tempus, cuius origo memoriam hominum excedit. Quid hic uſucapionis modus a ſuperioribus differat. XVI.
Secundario & per conſequentiam quatenus ſervitus uſucapione quæratur. XVII.

I. EFfectum eſt igitur ſervitutes uſu acquiri poſſe, & omnes poſſe, quando omnes poſſeſſionem & eam continuam recipiunt. Quo conſtituto, ſequitur ordine illud tertium, quod propoſuimus, ut videamus, quomodo uſu longo acquirantur.

II. Acquiruntur autem non uno modo, ut res corporales; ſed pluribus. Per ſe quidem & principaliter tribus: uno autem per conſequentiam.

III. Et ex tribus illís unus maxime cognitus, idemque cum rebus corporalibus communis hic eſt, ut ſervitus longo uſu & tempore acquiratur, ſi quis eam in prædio alieno emerit, aut ex legati, donationis, vel alia iuſta cauſſa acceperit a prædii poſſeſſore, qui dominus non erat: bona fide tamen, cum eum dominum eſſe exiſtimaret, ac deinde ſervitutem per longum tempus poſsederit, id eſt, ſervitute per id tempus ut ſua ſit uſus. Sic eſt rerum corporalium uſucapio. *Inſt. de uſuc.* in pr. *L. unica. C. de uſuc. transf.* Et iſto quoque modo recte ſervitutes longo uſu acquiri inter omnes convenit, quæ quidem ipſorum iudicio recipiant uſucapionem. Ac de ea uſucapione ſervitutum loquitur Iuſtinianus in *L. ult. §. ult. C. de præſcr. long. temp.*

IV. Alter modus eſt ſervitutum proprius, non minus tamen iure receptus in hanc ſententiam, ut ſervitus longo uſu & longa quaſi poſſeſſione acquiratur velut iure conſtituta, si quis ea diu uſus sit, nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui prædii ſervientis dominus erat. Conſtituitur hæc uſucapio ſervitutis his locis, *L.* 1. in fin. *D. de aq. plu. arcen. L. ſi quis diuturno. ſi ſer. vindic. L.* 1. in fin. & *L.* 2. *C. de ſervit.* Nam & huc referri debet ſpecies *d. L.* 1. *C. de ſervit.* ubi is, qui altius ædificaverat contra veterem formam & ſtatum ædificiorum, & officiebat luminibus vicini, conveniebatur a vicino negatoria actione, qua intendebat ius adverſario non eſse ita ædes ſuas contra veterem formam ſublatas habere ex *L. qui luminibus, D. de ſerv. urb. præd.* Ille fatebatur contra veterem formam ædes ſublatas; ſed sibi ius altius tollendi longo uſu & poſseſſione quæſitum eſse dicebat, quia per longum tempus nec vi, nec clam, nec precario id ius poſsediſset, id eſt, altius ædes ita ſublatas habuiſset. Reſcriptum eſt, iudicem ſciturum in ea lite, longi iſtius temporis conſuetudinem, id eſt uſum, ei qui lite pulſatur, vicem ſervitutis obtinere, id eſt, quod alibi dicitur, eum, qui ita uſus eſt, habuiſ-

habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſervitutem, *L.* 1. in fi. *de aq. plu. arcen.*

V. Exigit hæc acquiſitio quatuor, neque plura. Primum ut quis ſervitute uſus ſit.

VI. Uſus intelligitur, qui ſuo iure uti ſe credidit, nec quiſquam alius. *L. ult. D. quem. ſer. amit. L. ult. D. de iti. act. pri.* Hic enim ſervitutem poſſidere oportet ad uſucapionem. *d. L. ult. de iti. act. pri.* Non poſſidet autem, niſi qui animo dominantis rem tenet, ideſt, qui pro ſua poſſidet. *§. idem placet, Inſtit. per quas perſ. nob. acq L. ſciendum,* illic, *cum vero, D. qui ſatiſd. cog.* Sed unuſquiſque in re dubia ſuo iure uti exiſtimatur, non alieno, coniectura ex iis, quæ fieri aſſolent, ducta. *L merito, D. pro ſoc.* Item bona fide rem tenuiſſe pro ſua, non dolo malo: ut ſi quis dicat eum, qui ſervitute uſus eſt, ſuo iure aut bona fide uſum non eſſe, id probare debeat. *L. pen. C. de evict. L. quoties, §. qui dolo, D. de prob.* Probandi ratio, ſi doceat eum, qui uſus eſt, neceſsitate coactum uſum eſſe vel propter incommoditatem exundantis rivi, vel quia via publica interrupta erat. *L.* 1. *§. Vivianus, D. de iti. act.* pr. Aut doceat eum, qui ſervitute uſus eſt, exiſtimaſſe viam eſſe publicam, aut iter alterius, cuius nomine utebatur. *L. ult. quem. ſer. am.*

VII. Secundum exigit hæc uſucapio commune item cum vera uſucapione, ut quis continenter & ſine [1] interruptione per legitimum tempus ſervitute ſit uſus. Interdicto, atque hoc modo interpellato ante id tempus uſu ſervitutis, acquiſitio non procedit. *L.* 2. *C. de uſuc.*

VIII. Tertium etiam commune, ut quis ſit uſus longo & diuturno tempore. *L. ſi quis diuturno, ſi ſer. vind. d. L.* 2. in fin. *C. de ſer. L.* 1. in fi. *D. de aq. plu. arc.* Quod eſſe diximus decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. *d. L. unica, C. de uſuc. transf. L. ſuper, C. de præſ. long. tem.*

IX. Quartum huius acquisitionis proprium, ut qui uſus eſt, uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario ab eo, qui prædii ſervientis dominus eſt. Vi utitur, qui cum prohiberetur a domino, nihilominus utitur. *L.* 1. *§. hoc interdictum, D. quod vi aut clam.* Clam, qui dominum celat, neque ei denuntiat, *L.* 3. *§. clam facere, D. eod.* Precario is, qui precibus impetravit a domino, ut ſibi ſervitute uti liceret. *L.* 1. *D. de prec.* Hæc omnia ita, ſi quis his modis non poſsideat ab eo, qui eſt prædii ſervientis dominus. In quo hoc exigitur, ne uſus ſit, domino ipſo aut ignorante, aut ſciente quidem, ſed vel prohibente, vel roganti concedente. Idque eſt quod aliis verbis dicitur ac veluti explicatur in *L.* 2. *C. de ſervit.* eum tempore quæſiiſſe ſervitutem aquæductus per poſſeſſionem, ideſt, per fundum Martialis, qui eo ſciente nec interdicente aquam duxit.

X. Diſtat hic modus uſucapiendi a ſuperiore his rebus. Nam in ſuperiore exigimus, ut qui uſucapit ſervitutem, quoniam hoc habet cum rerum corporalium uſucapione commune, ut ignorante domino uſucapiat, ideo & ſequentia eodem exemplo exiguntur; ut ſervitutem acceperit ab alio, & eo non domino; quoniam alioqui ſtatim quæreretur ſervitus. Tum hac de cauſſa, ut bona fide & iuſto titulo, quem probare oporteat. Interim, ut dixi, pro iuſti tituli quærendi & probandi incommodo, hoc illi commodum præſtatur, ut poſſit uſu acquirere ſervitutem ex hac cauſſa, quanvis ſervitute uſus ſit domino prædii ignorante. Nam & in rebus corporalibus ad uſucapionem rei alienæ non eſt neceſſaria domini ſcientia. *d. L. ult. §. ult. C. de præſ. lon. tem.* In hoc autem modo poſteriore, ſuperiora omnia in contrarium mutantur. Nam ut prius illud exigimus præter exemplum uſucapionis rerum corporalium, ut quis domino ipſo prædii ſciente nec contradicente uſus ſit; ita ſuperiora illa duo non requirimus, ut ſcilicet ſervitutem acceperit aliunde, multoque minus, ut iuſto aliquo titulo acceperit, aut ſe accepiſſe probet, dum prius illud præceſſerit. Ut in ſumma ad iuſtam acquiſitionem ſervitutis ſufficiat longi temporis continens uſus, ſciente domino, ſine alio titulo.

XI. Hæc ſententia eſt [2] communis prope omnium interpretum, & iudicio meo vera,

1) Interruptio autem fit non quavis verbali prohibitione, ſed factis teſtata, ut vult A. Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 1. *&* 10.

2) Cæpolla *de Serv. urb. C.* 20. *n.* 6. Sichar. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 4. *& ſeq.* Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 15. *& ſeq.* Temporis, ait, diuturni decurſus ſolus faciat, ut cenſeatur verum ſervitutis ius habere. Non enim illo uſu quæritur ſervitus, ſed creditur debita niſi contrarium probetur. (Sed non puto hic contrariæ probationi locum eſſe) & *n.* 17. Nullo titulo opus eſt, dum ſciente domino fecerimus, eius enim patientia certum præbet argumentum aliquando impoſitæ ſervitutis, & Zoanet *ad L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 167. Veſq. 2 *ill. Contr.* 65. *n.* 7. *& ſeq. & C.* 78. *n.* 1. Vaud. 2. *Q.* 3. *n.* 49. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 8. *n.* 40. A. Fab. 19. *Conject.* 10 qui eodem fere modo, quo noſter. Bron. 1. *Aſſ.* 93. P. Gilken. *de Præſc. P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 10. *n.* 12. *& ſeqq.* Paurmeiſt. 1. *de Iuriſd.* 21. *n.* 26. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 7. *n.* 14. titulum

Digitized by Google

vera, quam recte probare videntur ex *L. ſi quis diuturno, ſi ſer. vind.* Sed quia a nonnullis vocatur in dubium propter eos locos, quibus traditur, nullo iuſto titulo præcedente prohiberi poſſidentes iuris ratione dominium quærere, ſeu uſucapionem non procedere, ut *L. nullo, C. de rei vind. L. ult. C. de uſuc. pro her.* haud abs re erit nos in ea ſententia paulo certius confirmari. Probatur vero hæc ſententia tot locis, quot ſunt, quibus hæc acquiſitio ſtatuitur a veteribus. Primum in *L.* in fin. *D. de aq. plu. arc.* ita definitur, in ſervitutibus hoc nos ſequi, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, videatur is habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſervitutem, qui diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario. Quando ſervitus non invenitur impoſita, niſi cum non invenitur titulus, quo eſt impoſita? Tituli ſunt enim eæ cauſſæ, quibus res quæque alicui acquiritur, aut acquirendi cauſſa in aliquem confertur. Non igitur aliud exprimitur ſuperioribus verbis, quam longa iſta conſuetudine ſervitutem pro iure impoſita haberi, etiam ſi de titulo impoſitæ ſervitutis nihil inveniatur, nihil doceatur. Id fit certius ex eo, quod adiicitur *ibidem*, ius ſuperius nos ſequi in ſervitutibus, quaſi quod ſit ſervitutum proprium. Inepte adiectum, ſi in hac acquiſitione etiam titulum poſſeſſionis exigimus: cum titulo accedente nihil hic de uſucapione ſervitutis ſtatuatur, quod non ſit cum uſucapione rerum corporalium commune. Sed & illud eiuſdem rei evidentius argumentum, quod dicitur ſuperiore longa conſuetudine ſervitutem ita acquiri, ſi qui uſus eſt, uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario. His enim verbis exigitur, ut quis uſus ſit domino prædii ſervientis ſciente, ut ſupra oſtendi. Vitioſe exigitur, & contra ius, ſi titulus intervenit: quoniam titulo, & bona fide accedente, non requiritur ad uſucapionem domini, adverſus quem uſucapio eſt, ſcientia. *d. L. ult. §. ult. C. de præſcr. lon. tem.* Non aliud intelligere poſſimus ſignificari *L. 2. C. de ſervit.* his verbis, aquæductus ſervitutem longo tempore acquiri, ſi quis aquam per fundum domini eo ſciente nec contradicente per id tempus duxerit. Non poteſt, inquam, hæc ſententia ullo modo ſine vitio intelligi de eo, qui titulum habeat iuſtæ poſſeſſionis. Aut enim a domino fundi habebit, aut ab alio. Si a domino; ſtatim illi ſervitus quæſita eſt, nec requiretur longi temporis poſſeſſio. Si a non domino; iam dixi fruſtra, & contra formam iuris exigi, ut aquam duxerit domino fundi ſciente: cum qui ex iuſto titulo rem habet, licet a non domino, is etiam vero domino ignorante poſſit uſucapere. *d. L. ult. §. ult. C. de præſcr. long. temp.*

XII. Poſtremo bene hanc ſententiam expreſſam putant in *L. ſi quis diuturno, D. ſi ſerv. vind.* Illic enim ita ſcribit Ulpianus: eum, qui aquam duxit longo tempore nec vi, nec clam, nec precario, ius aquæ ducendæ nactum eſſe: & non eſſe ei neceſſe docere de iure, quo aqua conſtituta eſt. Atque hoc ius ſtatim interpretatur titulum. Subiicit enim, veluti ex legato, vel alio modo. Legatum, acquirendi & uſucapiendi iuſtum titulum eſſe conſtat. *L. Celſus, D. de uſucap. tot. Tit. D. pro legato.*

XIII. Diſſentit tamen 3 Duarenus. Is *Lib. 1. Diſput. Cap. 34.* ea verba Ulpiani, *non eſt ei neceſſe docere de iure, quo*

lum ſpecialem veluti pro legato, donato, &c. non requiri, ſed ſufficere generalem Pro ſuo, ſi bona fide otatur, iuſto errore motus ut ſervitotem ſuam credat. Cuiacius amplius ad *L. 14. §. ult. de uſuc.* nec titulum nec ſcientiam domini exigit. Ideo autem in *L. 2. C. h. t.* verba *eo ſciente* haberi, ut ſciamus eum non clam deduxiſſe, poſſe autem & ignorante domino duci, modo non adſit celandi animus, & P. Buſius *ad L. 14. D. h. t. n. 9.* id ita in *d. L. 2.* ad ſpeciem propoſitam reſcriptum eſſe, ut clandeſtini actus excludantur, qui & *ibid. n. 7. & 8.* ineptam diſtinctionem habet inter præſcriptionem decennalem, quæ tantum exceptionem & confeſſoriam utilem; ac quaſi uſucapionem ex iure conſtitutionum, quæ directam actionem pariat.

3) Et ad *d. L. 10 ſi ſerv. vind.* quia ius non ſignificet titulum, ſed quid maius ac amplius, videlicet ipſam ſervitutem. 2. *§. ult. d. t. L. 1. §. ul. de aq. pl. L. apparet* 5. *§. 3. de it. act. priv.* & P. Grangian. *Paradox. Cap.* 46. & Coraſ. *ad L. 14. h. t. n.* 31. Ibid. Duar. ſcientiam non eſſe neceſſariam, ſed ſufficere ſi adverſarius patiatur nec impediat. Et Rev. *ad L. Scribon. C.* 7. qui *d. L. 10.* interpretatur ex *L. 12. Quem. ser. am.* & accipit de eo qui fundum bona fide emit, ac cum fundo ſervitutem poſſedit. Hic inquit, non cogitur docere de iuſta ſervitutis origine, quomodo auctori ſuo ſervitus conſtituta ſit. Et Hot. 8. *Obſ.* 10. quia in *L. 4. C. de præſcr. lon. tem.* negatur præſcriptio longi temporis ſine titulo procedere. Et *L. 8. C. de præſcr. 30. ann.* ita dat actionem ei qui diu poſſedit, ſi emptionis, legati vel alio titulo bona fide poſſederit. Idem male accipit *d. L.* 10. de ſervitute tempore immemoriali acquiſita pro *tot* reponens *centum*, ac coniungendum dicit *L. 1. §. ultim. de aq. pl. arc.* quæ ex eodem libro. Sed nec in *d. §. ult.* vetuſtas infinitam memoriam ſignificat; ut vult Cuiac. *ad L. 4. §. ult. de uſuc.* Hotom. *d. lo. 4. & Obſ.* 2. Sed tempus 10. annorum per verba ſeq. *diu & longa*, ut rectius idem Cuiac. 18. *Obſ.* 28. & Ræv. *in Tribon. C.* 9. vid. & Cornel. a Rentbel. *Centur. QQ. de Poſſeſſ. Q.* 99 Mihi ſic ſtat ſententia. Semper hic titulum exigi, neque ab eo, & generali regula iuris me vel auctoritas vel rationes noſtri & aliorum dimovent. Semper exigi ſcientiam alterius, verum non domini *L. ult. §. ul. C. de præſc. lon.* alioqui rariſſima erit hæc uſucapio, de qua tamen tot iuris loci habentur, neque finis uſucapionis, dominiorum certitudo, litiumque amputatio in hac ſervitute acquiſitione attendetur. Quotus quiſque enim ita facilis ſuo ut prædio ſervitutis onus ſciens obtrudi patiatur. Quod ſi patiatur, nonne apertus hic donandi animus re & facto (*faciendi* verbo & non factum ac patientia continetur) declaratus. Saltem nonne præſumptio donationis ac conſenſus domini breviori tempore induci poteſt, maxime ſi actus quibus ſervitus exercita, crebriores. Cuius igitur? vicini poſſeſſoris, ſive ab eo titulus habeatur,

quo aqua conſtituta eſt, interpretatur de iure civili & directo. Ut ſit ſententia; ei, qui ita, ut ſupra, aquæductum nactus eſt, recte ſervitutem quæſitam videri, quanvis iure, id eſt, iure civili & directo, non ſit conſtituta. Et ob id non debere eum de hac legitima conſtitutione probare. Non temere factum eſt, ut ita ſentiret. Sic ſervitus iure impoſita dicitur in *L.* 1. in fin. *de aq. plu. arcen. L.* 5. *§. penult. de iti. act. pri.* Sed & illum movit præcipue exemplum rerum corporalium; de quibus, ut ſupra dixi, ita ſcriptum eſt in *L. nullo, C. de rei vind.* nullo iuſto titulo præcedente poſſidentes ratio iuris quærere dominium prohibet. Et quæ rei æquitas facit, ut aliud ſervandum ſit in ſervitutibus, rebus alioqui eiuſmodi, quæ vere non poſſideantur? Nam quod dicunt vulgo eo fieri, quia in ſervitutibus agatur de rebus exigui momenti; neque hoc verum eſt, nec ſi verum eſſet, ideo in his titulus remittendus fuit poſſeſſori ad uſucapionem. Nam & inter res corporales mobiles ſunt pleræque ſine dubio multo minoris pretii, quam ullæ ſervitutes. Neque tamen in ulla re corporali uſucapionem ſine iuſto titulo admitti legimus. Repugnat *d. L. nullo*. Sed etſi Duareni multum me movet auctoritas, & in hac parte ratio; non tamen facit, ut de ſuperioris loci interpretatione aſſentiar. Quin potius fatendum eſt, eam interpretationem neque verbis Ulpiani neque ſententiæ convenire. & præterea ſententiam efficere per ſe vitioſam.

XIV. De verbis arbitror facile poſſe demonſtrari. Iure quidem conſtituta ſervitus ſicubi dicatur ſimpliciter, recte fortaſſe accipiatur eo modo, quo ille interpretatur. Verum non ita loquitur Ulpianus in ſupra ſcripto loco, ut hic conſiſtat: ſed quid intelligat verbo iuris, explicat exemplo; dum ait, veluti ex legato. Ut iam verbis ipſis illius perinde habeatur, quod prius dixerat, quaſi dixiſſet non eſſe utenti neceſſe docere de titulo, quo aqua conſtituta eſt. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum poſſeſſionis nanciſcendæ, ſed modum, quo aqua iure civili impoſita ſit, multo minus verbis convenit. Poteſt enim ſervitus legari ab eo, qui non ſit dominus fundi: a quo ſervitutem iure impoſitam nemo dixerit. Quod ſi a domino 4 legatam accipiemus, iam hoc non convenit loci ſen-

tur, ſive ille iſti ſucceſſerit, ſive quavis alia ratione iſtius prædii poſſeſſionem adeptus ſit. Neque aliud probat recte perpenſa *d. L.* 2 *C. h. t.* Verba enim, *per poſſeſſionem* convincunt proprietatem eius fundi, ad Martialem, quo ſciente aquam duxiſſe conſulens proponitur, non pertinuiſſe *L.* 115. *de V. S.* Quin verba confeſtim ſubiuncta, *exemplo rerum immobilium*, firmiter arguunt, nec facilius admitti hanc acquiſitionem, quam ſi eadem requiſita, quæ in rerum immobilium uſucapione leges deſiderant, inter quæ & titulus eſt, intervenerint. Dices. At rerum ſoli uſucapio non deſiderat cuiuſquam ſcientiam. Nec ſic igitur ſimilitudo convenit. Reſp. Nihil vero hic diverſum. Non enim ſcientia talis requiritur ut ſciat vicini fundi poſſeſſor nullum ius aquæductus ea. gr. competere vicino ſervitute utenti (imo tunc maxime curret quaſi uſucapio, quando exiſtimat eum ſuo iure facere) ſed ſatis eſt ſi ſciverit facto ipſo vicinum aquam ducere; ſi id nec ſe invito nec occulte, nec ad tempus indulgente faciat, ac ita nec vi, nec clam, nec precario ab eo utatur. Ideo autem hoc, quia hæc ſcientia & patientia eſt loco poſſeſſionis *L.* 1 *in fin. R. P. L.* 11. *§.* 1. *de Publ. in rem.* Niſi igitur patiatur & ſciat vicinus, nec quaſi poſſeſſio habetur. Belle igitur ſimilitudo convenit. Nam & ut ex traditione rei corporalis uſucapiendi facultas ſit, requiritur voluntas actoris a quo poſſidendi cauſſa *ſupr. Lib.* 5. *C.* 18. Quin & ſi a domino imponitur ſervitus, requiritur & titulus & ſcientia illius, *L.* 16. *ſi ſer. vind.* Eadem igitur & in perſona non domini intervenire debent ut transeat uſucapiendi facultas *§.* 5. *I. Per quas perſ.* Et hæc ſcientia eſt quam exigi convincunt aliæ leges *d. L.* 1. *§. ult. de aq. pl. L.* 10. *ſi ſerv. vind.* dum uſum, nec vi, nec clam, nec precario habitum deſiderant. Minime enim ſequitur ſcientiam veri prædii domini requiri. Pone dominum forte 100. miliaribus abeſſe per annos 30. Alius (ſive cum titulo, ſive ſine eo, quoad hoc non refert) aquæductum per illius fundum habuit interea, a nemine precibus obtentum, palam, nullo reſiſtente. Quis dicet hunc uſum clandeſtinum, violentum, precariumve eſſe ob inſcientiam domini abſentis; de quo celando ne cogitare quidem potuit aquæductus uſum; qui alium, poſſeſſorem videlicet dominum putavit, hunc ignoravit. Clam vero facit is, qui celat adverſarium, a quo controverſiam timet *L.* 3. *§. pen. Quod vi aut clam L.* 6. *pr. de acq. poſſeſſ.* Neque igitur domini ſcientiam requiro, niſi eo caſu, quo titulus ab alio poſſeſſore habetur, & nondum expleta uſucapione dominus poſſeſſionem rei ſuæ acquiſivit vel recepit. De quaſi ſpecie *d. L.* 2. *C. h. t.* ſi omnino de domini ſcientia loqueretur, accipere nihil vetaret. Reſcripta enim ad propoſitos caſus emanarunt. Nullus itaque eſt ſecundus modus quaſi uſucapionis. Et cum nec tertius, quem noſter facit, proprie ſic dici poſſit, fatente eodem: una erit ac ſimplex ſervitutes quaſi uſucapiendi ratio, ſicuti & rerum corporalium, quarum exemplo hæc inducta *d. L.* 2. Nihil tam obſtat *L.* 1. *§. ult. de aq. pl.* Nam (1) vere non impoſita ſervitus etiam quæ bona fide & iuſto titulo a non domino accepta *L.* 6. *in fin. pr. L.* 8. *Comm. præd.* & ne quidem uſucapione expleta, impoſita proprie dicitur, ſed quaſi impoſita, per *d. §. ult. v. videatur.* (2) Nihil hic peculiare habere ſervitutes convincunt voculæ *&* ac *hoc idem*. Dicit IC *Et in ſervitutibus hoc idem ſequimur*, id eſt, *idem*, quod in corporibus obtinet, trahimus ad ſervitutes, licet de his maior ſit dubitatio. (3) Verba *neque vi &c.* non arguunt requiri ſcientiam domini, ſed poſſeſſoris *L.* 6. *pr. de acq. poſſ.* ut ex dictis patet. Quin vel ex his ipſis verbis Ræv. *de L. Scrib. C* 7. tituli neceſſitatem adſtruit. Quomodo, ait, oſtendet ſe uſum, *non vi*, niſi auctore nominato, *non clam*, niſi denunciaverit domino (dicere debebat poſſeſſori) *L.* 3. *§. pen. non precario*, niſi doceat qua auctoritate ius nactus fuerit. Quæ tamen an ſatis firma ſint nolim aſſerere. Sufficit mihi, ſi hæc verba tituli neceſſitati non adverſantur, etſi forte nec eamdem inferant. Neque enim ſi hinc non probatur, ideo nulla eſt, modo de ea conſtet aliunde, vel ex iuris ratione. Semper ſupponendi ſunt termini habiles. Nec obſtat *L.* 10. *ſi ſer. vind.* Nam (1) ea accipi poteſt, iuxta expoſitionem Rævardi ut *ſupra hac N.* (2) Nec Duareni interpretatio abſurda. Qui immo *ius quo aqua conſtituta eſt*, incongrue exponitur de titulo. Nam verum non eſt titulum qui a non domino habetur conſtituere ſervitutem *L.* 6. *in fi. com. præd.* Nec reſiſtunt verba ſequentia *veluti ex legato*, quæ interpretationem capiunt ea præcedentibus. Poſſunt accipi de legato alterius quam domini, poſſunt etiam de domino legante, & ſic debent, ut exemplum conveniat propoſitioni, quia legatum alterius non eſt ius aquæ conſtituendæ *d. L.* 6. *in fin.*

4) Nihil hæc obſtant. Indubium eſt, titulo a domino accepto, ſtatim acquiri. Verum hoc maxime dubium, quod tractat Ulpianus *d. L.* 10. an alter, quam ſtatim acquiratur; & an diuturnus uſus quidquam proficiat, ſi non de iure conſtitutæ aquæ, id eſt, de ea a domino accepta doceatur.

Digitized by Google

tentiæ, in quo quæſtio poſita eſt de eo, qui ius aquæ ducendæ nactus eſt diuturno uſu & longa quaſi poſseſſione; non de eo, qui nactus eſt ſtatim; de quo certe nulla eſset dubitatio. At ſi cui legata eſset ſervitus a domino prædii, nemo ignorat & ſtatim, & optimo iure iam a principio fore conſtitutam. Ac ne illud quidem verbis convenit, ut dicamus eum, qui longo uſu ius aquæ ducendæ nactus eſt, non habere ſervitutem conſtitutam iure civili, ſed tantum utilem actionem habere. Longe enim aliud eſt dicere aliquem non habere ſervitutem iure conſtitutam: aliud non eſse neceſse ei, docere ſervitutem conſtitutam iure. Nam qui prius dicit, omnem contrarium probandi non neceſſitatem, ſed facultatem adimit. Qui autem dicit poſterius, hoc ſignificat contrarium probari poſse, ſi reus velit: ſed non eſse ei neceſse id facere, quia etiam si ſervitus iure ipſo non sit imposita, tamen hoc caſu nihil noceat. Sed demus hanc eſse ſententiam Ulpiani, eum, qui longo uſu ius aquæ ducendæ nactus eſt, ſic utili tantum iure ſervitutem nactum eſse, ſeu ita utilem tantum actionem de ſervitute habere, ut tamen non ſit ei neceſse docere de iure civili & directo, quo aqua conſtituta eſt, aut quæri potuit. Sententiam hoc modo efficimus inutilem, poſitam videlicet de eo, de quo nemo poſſet iuſte dubitare. Pluſquam enim certum eſt iure, eum qui utilem actionem habet, non neceſse habere quidquam probare de directa, quia ſi diceretur habere directam, non deſideraret utilem: & qui utilem habet non deſiderat directam, cum utraque iure certo eamdem vim & poteſtatem habeat. *L. actio, antep. D. de neg. geſt.*

XV. Moveri non debemus illis ſententiis, quibus definitur, nullo iuſto titulo præcedente poſſidentes ratione iuris dominium quærere prohiberi; *L. nullo. C. de rei vind.* item, non præcedente vero titulo uſucapionem non procedere, ut ſine hoc aliquo obtentu domini intentio ullo unquam tempore abſumatur, *L. ult. C. de uſuc. pro her.* Nam & poſſeſſionis, & uſucapionis, & dominii verba, quibus ſuperiores ſententiæ abſolute conceptæ ſunt, declarant eas ſcriptas eſſe de uſucapione rerum corporalium, in quas ſolum proprie cadit poſſeſſio, uſucapio, dominium. Sane vero in tebus corporalibus nulla eſt uſucapio, niſi iuſto titulo præcedente. Num ergo idem ius eſſe dixerimus in ſervitutibus? Immo ſuperiores loci alia definitione omni in his utentes, & præſertim *L. 1. §. ult. de aq. plu. arç.* quæ nominatim addidit, in ſervitutibus hoc nos ius ſequi, quod ſupra diximus, aperte oſtendunt in harum uſucapione aliud ius obſervari. Et ne moveamur exemplo, ratio in promptu eſt. Non illa vulgaris inepta, quia ſervitutes ſint res [5] parvi momenti, quæ ſæpe ſunt maximi: ſed hæc, quam ſuperiores ſententiæ ſuggerunt, quia, ut eſt acquisitio, de qua nunc agimus, hoc exigitur, ut quis ſervitute utatur domino prædii ſciente. Scientia domini, & patientia tot annorum iuſtam probationem adferunt iure conſtitutæ ſervitutis. Non eſt enim veriſimile dominum tamdiu utentem paſſurum fuiſſe, nisi ſciret, aut vellet etiam ipſe iure conſtitutam eſſe ſervitutem. Diuturnitas temporis adverſus eos, qui patiuntur, huiuſmodi probationem in uſu iuris afferre conſuevit. *L. qui in aliena, 6. §. 1. D. de acquir. hered. L. cum de in rem verſo, D. de uſur.*

XVI. Tertius modus uſu acquirendæ ſervitutis huius item generis proprius; nec minus iure receptus hic eſt, ut ſervitus ſine alia conditione iure conſtituta habeatur, ſi uſus origo memoriam hominum excedat. *L. 3. §. ductus, D. de aq. quot. & æſt.* Quod ſi ita eſt, apparet hunc modum differre his rebus a duobus prioribus, quod hac diuturnitate temporis poſita neque titulum poſſeſſionis deſideramus, ut in primo; neque ſcientiam domini prædii, ut in ſecundo. Sed ſola illa longinquitas valet ad uſucapionem. Itaque vere ſupra diximus diſtinctas eſſe uſucapiones, & unamquamque ita habere ſuas utilitates, ut qui uno modo ex his ſervitutem uſucapi dicat, non ideo removeat cæteras tanquam inutiles. Neque pluribus modis ſervitus per ſe uſu acquiritur.

XVII. Uoo modo uſu capitur per conſequentiam, cum uſucapitur [6] cum prædiis, cuius uſucapionis mentio eſt in *L. ſi aliena, §. hoc iure, de uſucap.* Id autem tum fit, cum prædium ipſum, cui ſervitus debetur, uſucapitur. Prædium uſucaptum, & hoe modo translatum ad alium, cum ſua conditione ad novum dominum tranſit. *L. via, §. ſi fundus, D. de*

5) Ita Mart. Laudenſ. *in L. 14. h. t. n. 7.* Cæpolla *de Serv. urb. C. 20. n. 6.* quia non agatur de acquiſitione dominii, ſed de conditione rei gravandæ. (Unde aliud eſſe in uſufructu qui pars dominii) quod & reprobat A. Fab. 19. *Conject.* 10. Alia ratio Cæpollæ eſt, quia ſervitutes hæ quæruntur rei, quæ ſibi providere non potuit de titulo. Nugæ.

6) Vid. M. Lyclama *Lib. 2. Membr. ecloga 6.* qui in hoc differentiam quandam facit inter urbanas & ruſticas ſervitutes.

de ſervit. urban. præd. Sic fit; ut hic non ſervitus uſucapiatur per ſe ullo modo: ſed prædio vere uſucapto, ſervitus iam ante prædio debita ſequatur, atque ita videatur ipſa quodammodo per conſequentiam prædii uſucapi.

C A P. X I I I.

De iure ſervitutis conſtitutæ: Quid ea contineat, quid cui tribuat quæſita, quid de iure prædii ſervientis adimat. Ac primum quatenus conſtituta efficiat prædia, in quibus conſiſtit, cum id, cui imponitur, tum id, cui acquiritur.

Ordo & partitio. I.
Ius ſervitutis ad prædia primario; ſecundario pertinet ad perſonas. II.
- *Eſt ius idem prædio utrique cum dominanti, tum ſervienti ſemper affixum. Quæ ex hoc conſectaria.* III. IV.
- *Dominanti quæſitum ius illud, omnibus eius partibus debetur.* V.
- *Servienti impoſitum, partibus eius omnibus & ab initio & poſtea interdum incumbit; nonnunquam omnibus, ſed ab initio dumtaxat: ut plurimum uni eius parti, etiam ab initio tantum inhæret.* VI.
- *Parti uni, ſi aut demonſtratus certus ſervitutis locus, aut etiam in ſervitutis conſtitutione certo deſignatus.* VII.
- *Omnibus perpetuo fundi partibus: cum nominatim totus fundus addicitur ſervituti.* VIII.
- *Ab initio omnibus, ſed uni poſtea dumtaxat: cum indefinite conſtituta ſervitus omnes ab initio habet obnoxias fundi partes quoad electionem; at unius dumtaxat & certæ partis uſum requirit.* IX.

Superior iſta diſtinctio, & huic accommodata definitio veteribus placuiſſe oſtenditur; & contrariis occurritur. X. XI. XVI.
Electio certæ partis in fundo ſerviente ad eum ſpectat, cuius prædio acquiritur ſervitus. XII.
- *Ad legatarium, non ad heredem. Interpretatio* L. ſi via 26. D. de ſervit. præd. ruſtic. XIII.

Qui loci fundi ſervientis excipiantur ab electione. XIV.
- *Exceptionis interpretatio, & defenſio.* XV.

Electione facta certæ partis fundi, per quam iter aut via v. c. dirigatur, non licet amplius ab ea diſcedere. XVI.
Pars illa quantæ latitudinis eſſe debeat, intereſt utrum ſervitus, nullo demonſtrato loco, ſit conſtituta; an certo loco demonſtrato. XVII.
- *Priori caſu, latitudo retinenda, quæ eſt lege definita; aut ſi hæc deſit, ea, quæ conveniat conſtitutioni ſervitutis, capienda.* XVIII.
- *Poſteriore, latitudo ex capacitate loci metienda, & genus ſervitutis ex ea æſtimandum.* XIX.

I. SErvitute conſtituta, quæſitaque, ut diximus; quærendum ordine de iure ſervitutis: ideſt, quid contineat, quid, cui tribuat quæſita, quid de iure prædii ſervientis adimat. In quo eſt vis & utilitas ſervitutis conſtitutæ. Res una, cuius cauſſa ſervitutes comparantur.

II. Servitutis ius partim ad prædia, partim ad perſonas dominorum pertinet. Ad prædia ipſa primum, in quibus conſiſtit, ſive his acquiritur, ſive his imponitur ſervitus. Sic deinde ab his dominii iure transfertur ad perſonas, & uſum dominorum.

III. Ad prædia primum ita pertinet, ut ſive prædium id ſpectemus, quod ſervitutem præſtat, ſive id, cuius cauſſa ſervitus conſtituitur, utrobique proprie non aliorum ſit ſervitus, quam prædiorum. Illud conſtat, ſi cui prædio ſervitus imponitur, hanc illius prædii ſervitutem eſſe, non perſonæ. Unde & prædium ipſum [1] ſervire dicitur, non perſona. *L. cum fundus, D. com. præd. L. certo, §. 1. L. via, § ſi fundus, L. ſi mihi conceſſeris, D. de ſerv. ruſt. præd.* & paſſim. Sed non mirum in ſervitute prædii, cum de prædio ſerviente agitur: cum & hoc idem in ſervitute perſonæ accidat, quæ alicui rei impoſita, hanc

1) Et hinc rem derelinquendo onus ſervitutis effugere licet *L. 6. §. 2. in fin. ſi ſer. vind.* quod non liceret ſi homines deberent non res *L. 7. pr. de aq. pl.* Io. Sup. *ad L. 1. h. t. n. 2.*

hanc afficit, huic cohæret, ut nec mutatione dominii eius amittatur. *L. neque D. quib. mod. uſ. amit.* Dubitari potuit de eo prædio, cuius cauſſa ſervitus conſtituta eſt, num & huius ſervitutem dici oporteret, ac non potius domini, qui ſui uſus & commodi cauſſa acquirat ſervitutem. Sed & in hoc prædio hæc conditio eſt ſervitutis, ut ea prædio acquiratur, unde & prædio dicatur deberi, & prædii eſſe, non perſonæ. *L. certo*, in pr. *L. via, §. ſi fundus*, & *§. ult. L. ſi mihi eodem*, in fi. *L. unus, D. de ſerv. ruſt. præd.* Qua ex re & fundus ſerviens huic ipſi prædio ſervire dicitur. *d. L. cum fundus, com. præd.*

IV. Hæc res facit, ut ſive fundus ſerviens, ſive is cui ſervitus debetur, mutato dominio ad alium tranſeat, utroque uſu durent ſervitutes, & ſequantur fundum; ut ſive ante debuit, etiam alienatus ſerviat: ſive ei ante debebatur, etiam alienato eo, eadem debeatur ſervitus: re utrobique cum ſua conditione ad alium translata. *d. L. via, §. ſi fundus, de ſer. ruſt. præd. d. L. cum fundus, com. præd. L. traditio, D. de acq. rer. dom.* Quod cum eo iure fiat, quo ſervitus prædiorum ipſorum eſt: neceſſe eſt id ſtatui, non tantum ſi volente domino priore prædium alienatum erit: quo caſu facile dici poteſt ut prædium, ſic inhærentes ſervitutes voluntate domini recte transferri: ſed etiam si ab invito domino prædium transierit ad alios, veluti si erit publicatum. *d. L. via, §. ſi fundus*. Ex quo eſt, quod placuit, si quis uſuceperit fundum, cui ſervitus debebatur, videri etiam eum cum fundo ſervitutem uſucepiſſe, atque hoc modo ſervitutes in univerſum cum prædiis uſucapi poſſe. *L. ſi aliena, §. hoc iure, D. de uſuc.* nempe ideo, quia ſervitus prædium ad alium translatum ſecuta eſt: & quia ſecuta per occaſionem uſucapti prædii, prope eſt, ut per eamdem cauſſam videatur ad novum dominum perveniſſe, ac proinde cum prædio uſucapta eſſe. Re autem vera nihil uſucaptum eſt, niſi prædium. Tantum prædium ſuæ conditiones ſequuntur, non tamen propter uſucapionem, ſed propter prædium, quia & ſine uſucapione futuræ eſſent eædem prædii conditiones. Quod ſi in ſingularibus ſucceſſoribus recipimus: multo magis in heredibus & univerſi iuris ſucceſſoribus recipiendum eſt, ut ſcilicet mortuis dominis non finiantur morte ſervitutes, ſed cum prædiis tranſeant ad omnes ſucceſſores, ut omnia quæ perſonæ non cohærent. *L. non ſolum, 2. §. tale, D. de lib. leg.* Quippe prædii erat ſervitus, non defuncti. Mortuo autem domino nihilominus prædium manet. Unde intelligitur, durabiles eſſe has, atque adeo perpetuas ſervitutes; non, ut quæ ſunt perſonæ temporales. Ideo proprie & vere ſolas eſſe ſervitutes, quæ efficiant, ut perpetuo res ſerviat. Ut non ſit mirum ſi hæ specialiter & per excellentiam dicantur uno verbo ſervitutes, ut ſupra attigi. *L. 4. L. ut pomum, D. de ſervit. L. 4. L. 6. §. 1. de ſervit. ruſt. præd. §. ult. Inſt. de uſu. & hab.* Ex hoc iure prædiorum illud eſt, quod de uno ex ſociis cauſſam communis ſervitutis agente traditur, ſi ſententia ſecundum eum dicta ſit, tamen ſententiam dari prædio, non ſocio agenti. *L. liberto, §. ult. D. de neg. geſt.* Neque hoc ſine certo fructu. Hanc enim vim habet, ut victoria eius proſit etiam aliis. *L. 4. §. ſi fundus, D. ſi ſer. vind.* Idque ideo, quia ſi quid ſententia datum eſt prædio, neceſſe eſt pariter ad omnes pertinere, qui in eo prædio dominium habent. Quod ſane futurum non eſset, ſi ſententia dicta eſset perſonæ: quoniam res inter alios iudicatæ, aliis nec nocent, nec proſunt. *L. 2. C. quib. res iud. non noc.*

V. Sit ergo hoc conſtitutum in iure prædiorum, ſervitutem omnem prædii ita eſſe duorum prædiorum, ut quatenus uni ſervienti impoſita eſt, eatenus id ſerviat ac ſervitus prædium ſequatur: & rurſum quatenus conſtituta eſt alterius cauſſa, eatenus ei debeatur, ſitque eius propria, quamobrem & ea alienatum itidem ſequatur, & manenti uſu ac iudicio ab uno ex ſociis retineatur. Solum hic videndum erit in utroque, quatenus ſervitus ad utrumque pertineat. Quæſtio in eo eſt, in prædio quidem dominante, utrum ſervitus alicui prædio conſtituta, omnibus eius partibus debeatur; an uni alicui parti, vel pluribus, & quibus. In prædio autem ſerviente, utrum alicui fundo impoſita debeatur per omnes eius partes, ut totus fundus ſerviat: an vero per unam aliquam certam, quo hæc ſola ſerviat, cæteræ ſint liberæ. Et de fundo, cui debetur ſervitus, ita traditur: quæcumque ſervitus fundo debetur, omnibus eius partibus deberi. Hinc locum fieri ſuperiori iuri, ut quanvis particulatim venierit, omnes partes ſervitus ſequatur, quanta ad eam partem pro portione opus eſt. Hoc in *L. via, §. ult. L. ſi partem, D. de ſervit. ruſt. præd.* Sumptum ex eo, quod aperte in ſervitute conſtituenda agitur. Quippe ſervitus prædii cauſſa conſtituta eſt. Non ergo unius alicuius partis, ſed totius prædii.

VI.

Digitized by Google

VI. Non eadem cauſſa eſt prædii ſervientis. Hic interdum omnes partes ſerviunt ſine exceptione & ab initio, & poſtea. Sed ut plurimum una pars tantum vel ab initio. Nonnunquam omnes quidem, ſed ab initio dumtaxat, nondum electo loco, per quem dirigeretur ſervitus. Semel autem determinato loco contra. Atque hæc ita ſunt, ut eſt conſtitutio ſervitutis. Hinc enim ſuperior varietas naſcitur. Intereſt igitur, utrum certus locus deſignatus ſit ſervituti in fundo, an ſervitus generaliter per fundum conſtituta. Quod de fundo dico, de omni prædio intelligendum eſt.

VII. Si certus locus demonſtratus eſt, per quem iretur, exempli gratia, ageretur, hic ſolum conſiſtit ſervitus: cæteræ partes liberæ ſunt. Nam hoc ita fieret, ſi in libera loci electione determinatus eſſet poſtea locus ab arbitro ſeu iudice. *L. certo, §. 1. D. de ſervit. ruſt. præd.* Multo magis idem dicemus, ſi locus iam a principio deſignatus erit certo ſervitutis conſtitutione.

VIII. Quod ſi iter actuſve generaliter conſtitutus erit, non demonſtrato loco, per quem iretur, ageretur: refert, utrum nominatim ita conſtitutus ſit, ut totus ager itineri aut actui ſerviret, an ſimpliciter. Si nominatim ut fundus ſerviret totus; expeditum eſt. Et hic ex conventione ſerviet totus, ſervitute ita diffuſa, ut omnes glebæ ſerviant. Quod eo pertinet, ut cui ſervitus debetur, cum per unam partem ire, agere cœperit, liceat ei poſtea per aliam ire agere, & mutare quoties libet. *d. L. certo, §. 1. de ſerv. ruſt. præd.*

IX. Sin erit iter, actus, aquæductus per fundum conſtitutus ſimpliciter, (eſt autem ſimpliciter, ut explicatur in *L. ſi cui, D. de ſervit.* in infinito, id eſt, indefinite, ut ita dicatur, tibi ius eſt per fundum hunc meum ire, agere; nulla videlicet loci demonſtratione adiecta, per quem eatur agatur: & rurſum nulla nominatim conventione interpoſita, ut per totum libere uti ſervitute liceat) hic indefinitam conſtitutionem ſic acceperunt veteres, & recte, ut ab initio quidem totus fundus ſerviret ad eligendam quamvis partem, per quam ei, cui ſervitus conſtituta eſt, ire agere liberet: niſi ſi quas partes excipi æquum eſſet, & ſine actoris iniuria. Semel autem electo & determinato loco, per quem ſervitus directa eſſet, non amplius ius eſſet mutandi, ſed ibi ſervitus conſiſteret, cæteræ partes eſſent liberæ. Aut ſi quid hic etiam brevius placet & planius; hæc in ſumma diſtinctio eſt de partibus fundi ſervientibus, de quibus in propoſito quæritur, ut ad electionem quidem eius partis, per quam ſervitus dirigenda ſit, omnes partes fundi ſerviant, niſi ſi quas hoc excipi æquitas ſuadeat. Ad uſum autem ſervitutis nunquam amplius ſerviat, quam pars una & ea certa.

X. Id ſenſiſſe veteres, & recte ſenſiſſe ita facile conſtabit, ſi in ſingulis partibus ſuperioris diſtinctionis reperientur conſentire illorum ſententiæ, & hæ ipſæ verbis conſtitutionis convenire. Difficilius utrumque, ut videtur, cum propter diſcrepantes ac velut diſſentientes verbis illorum ſententias, quæ in Pandectis in hoc argumento de hac re extant; tum propter verba generalia conſtitutionis, quæ omnes partes fundi ſervituti ſubiicere videntur. Sed tamen utrumque ita eſſe, ut ſupra dixi, partes ipſæ ordine expoſitæ declarabunt.

XI. Principio cum iter, actuſve ſimpliciter conſtituitur per fundum alicuius, id eſt, non deſtinata parte, per quam eatur, agatur; totum hic fundum ſervire ex Paulo ſcriptum eſt in *L. ſi mihi conceſſeris, D. de ſer. ruſt. præd.* Idem expreſſit Celſus in *L. ſi cui, D. de ſervit.* qui in hac ſpecie ait ei, cui ſimpliciter via per fundum ceſſa vel relicta eſt, per quamlibet eius partem ire agere licere. Et hoc ſervitutis conſtitutio non ſolum patitur, ſed etiam exigit. Eſt enim hæc oratio, *per fundum*, de toto. Cui convenit, ut omnes partes fundi contineantur. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* Sed ſciamus omnem hanc ſervitutem partium omnium ab initio eſſe, & ſpectare tantum ad electionem unius partis ex omnibus, per quam in poſterum ire agere liceat: non etiam ad uſum liberum cuiuſvis partis, quoties una aliqua uti viſum fuerit. Servit totus fundus ei, cui ſervitus ſimpliciter conſtituta eſt: ſed ut poſſit, inquam, ab initio eligere, quam velit partem, per quam eat agat. Cæterum parte aliqua ſemel determinata, & ſervitus in una ea parte conſiſtit, & ſimul ea electio tollitur. Hoc ex Iaboleno diſerte in *d. L. certo, §. 1.* illic, *at ſi iter*, & *§. ult. D. de ſer. ruſt. præd.* Neque vere aliud ſenſit Celſus in *d. L. ſi cui. de ſervit.* qui cum abſolute poſuiſſet illud ſuperius ſimiliter ut Paulus, cum ſimpliciter via per fundum conſtituta eſt, per quamlibet fundi partem ire agere licere: id poſtea interpretatus ita temperavit: verum, inquit, conſtitit, ut qua primum viam direxiſſet, cui ſervitus ceſſa eſt, ea

demum ire agere liceret. Prior ergo illa per omnes partes eundi facultas ad electionem unius partis fundi fuit ab initio, ad uſum cuiuſque partis nunquam. Si quidem ante electionem certi loci nullus fuit ſervitutis uſus. Poſt autem, quam actor uti cœpit, iam incipit ea pars, qua uſus eſt, ſola ſervire, cæteræ eſſe liberæ. Quam hoc recte placeat, tum ſcietur, cum intellexerimus, cur determinato ſemel loco mutare non liceat. De quo poſtea ſuo ordine.

XII. Nunc de electione iſta libera, quæ initio fit, quærimus. De qua etiam adhuc hæc amplius cognoſcenda ſunt, cui hanc demus, & quas partes in ea, & quam recte excipiamus. Et hanc ei [a] dari, cui ſervitus conſtituta eſt, ſatis aperte ſignificatur, cum dicitur ab initio totus fundus ei ſervire; item licere ei per quamlibet partem fundi ire agere. Neque enim totus fundus ei ſervit, aut per quamlibet partem ire agere poteſt, ſi eſt in poteſtate conſtituentis concedere, quam partem velit, & euntem agentem per alias partes impedire.

XIII. At videamus, ne cum ſuperius dixerit ipſe Paulus in *d. L. ſi mihi conceſſeris. de ſervit. ruſt. præd.* hoc idem neget in *L. ſi via. eod. tit.* ubi ſervitute ſi ſimpliciter per fundum legata, facultatem tribuit non legatario, per quam partem ire agere velit; ſed nominatim heredi, per quam partem fundi velit conſtituere ſervitutem. Et eſſent plane hæc contraria, utpote aientia & negantia, ſi ſimpliciter Paulus tribueret iſtam electionem heredi. Sed tribuit ſub conditione, ſi modo nulla captio legatario in ſervitute ſit. Hæc conditio rem expedit, & eam ipſam electionem, quam veteres legatario tribuunt, confirmat. Iſta enim conditione & ipſe legatario tribuit hanc electionem, ſi qua eius captio aliter futura ſit: & ſi nulla ſit eius captio, denegat. At hoc ipſum ſentiunt & veteres, cum dicunt legatario totum fundum ſervire; aut licere legatario, per quam velit partem, ire agere. Partes enim quaſdam & ipſi excipiunt in hac electione; de quibus mox. Quibus exceptis, plane confirmatur & explicatur ſuperior Pauli diſtinctio. Recte enim ita dicetur: Per eas partes, quæ exceptæ non ſunt, ire agere poteſt legatarius, ut vult, vel auctore Paulo; quia cum per eas omnes fundus ſerviat, aperte captio ſit, & iniuria fiat legatario, ſi illi per eas ſervitutem petere non licebit. Per exceptas contra ire non poterit, quia per eas fundus non ſerviat. Sed ita, niſi malit heres & per eas partes illi ſervitutem conſtituere. Quod ſi vult; tum fit locus facultati illi, quam Paulus ſupra heredi tribuit, ut poſſit eligere, non in univerſum per quam partem velit conſtituere ſervitutem, ſed ſpecialiter per quam velit ex his; vel ut per exceptas partes conſtituat arbitratu ſuo, vel ut non exceptas liberas relinquat legatario. Quod ſentire Paulum conditio ab eo adiecta indicat. In iſtarum enim partium electione ſolum accidit, quod vult, ut nulla ſit captio, nulla iniuria legatarii. Ex hac incertitudine locorum, per quæ & qui acquirit ſervitutem, & qui conſtituit, ille ſibi ſumendi, hic conſtituendi ſibi arrogat poteſtatem, incidere ſæpe ſolet controverſia in hac ſpecie de loco, per quem ſervitutem conſtitui oporteat. Quod ſi eveniet, monetur in *d. L. certo. §. 1. de ſer. ruſt. præd.* arbitrum dandum eſſe, qui viam determinare debeat. Quod dicitur non otioſe; ſed ut intelligatur, nihil hic certi lege definitum eſſe, ubi in hac controverſia is locus, quis, & quantus eſſe debeat: ideo ad arbitri directoris officium eſſe confugiendum. XIV.

a) Conſentit Bron. 2. *Aſſ.* 6. quia ſi in poteſtate heredis vel concedentis eſſet eligere, totus fundus non ſerviret, Cæpolla *de serv. urb. C.* 23. *n.* 3. diſtinguit, (1) inter ſimplicem conceſſionem *d. L.* 9. & generalem, ubi etiam variationem poſt factam electionem permittit. Et *n.* 4. intereſſe putat an verba directa ad heredem, an ad legatarium, ut attendatur in cuius favorem adpoſita ſint. Cuiac. *in not. ad d. L.* 9. diſtinguit inter ſervitutem legatam per vindicationem, ubi electio datur ei cui relicta, & per damnationem ubi heredi. Quidam volunt electionem primo heredis eſſe *d. L.* 26. Si vero is nolit vel negligat eligere, legatarii. Coraſ. *ad L.* 9 *hoc tit. n.* 6. Quod diſplicet Charondæ 1. *Verſim.* 5. quia in *d. L.* 9. nulla recuſationis mentio. Ipſe putat nihil intereſſe uter eligat, modo heres ſine captione legatarii, *d. L.* 26. legatarius civiliter *d. L.* 9. id eſt, ſine ſervientis detrimento. Superior *ad d. L.* 9. *n.* 4. neutrius eſſe electionem, ſed ad arbitrum recurri, nec vel legatario tribui, niſi ut heredis, vel heredi niſi ut legatarii cauſſam agat. Sane ſolutio noſtri ad *d. L.* 26 quam probat Bronc. *d. Aſſ.* 6. ictum, ſi quid mei indicii eſt, non perfert. Nam ſic (1) erit *d. L.* 26. de caſu indubitabili (2) de improbabili & rarius contingente. Quis enim facile ita ſupinus ut per medias ſegetes vel vineas uſum viæ potius conceſſurus ſit, quam per aliam fundi partem, qua legatario ire liberet. Nec ulla quoque in eo utilitas legatarii, cuius magis intereſt viam conſtitui per propinquiores & commodiores partes fundi, tametſi non ſint ea locis exceptis. Quare haud ſcio an non rectius ſentiant, qui electionem hic heredi tribuunt ex veriſimilis teſtantis mente, qui minimum gravaſſe heredem cenſetur, & quia electio fieri debet minore ſervientis fundi detrimento, Vital. 2. *Var. Lect.* 10. (qui & hoc inde liquere ſcribit, quod etſi legatarius nequeat, dominus tamen variare poſſit ſi ſine incommodo legatarii fiat *L.* 2. §. *pen. de relig.*) Pac. 3. *Q.* 52. Idque eo magis quod cum ſine captione legatarii heres eligere debeat, & locum eiuſmodi definire, quo nihilo deterior cauſſa ſervitutis reddatur, quam ſi legatarius eligeret, inde pateſit rationi illi, quæ alias in legatis electionem dat legatario, vid. *Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 17. *etc.* hic locum non eſſe. Illic enim electio inter res diverſas & diſparis pretii, ubi ſæpe intereſt unam habere præ altera. Quid vero ad *d. L.* 9. Reſp. recte Pac. *d. loc.* non ibi definiri cuius ſit electio, ſed eo ſuppoſito, quo caſu eſt electio legatarii (forte ſi a teſtatore nominatim conceſſa) qualis ſit, per quam fundi partem.

XIV. Venio ad ea loca, quæ in iſta ipſa electione, quæ initio ſit, excipi dicimus. Ergo cum ſervitute ſimpliciter per fundum ceſſa aut legata, dicimus ex verbis totum fundum ſervire, eoque & in eum, cui ſervitus conſtituta eſt, poſſe per quamlibet partem ire agere: placet tamen quædam loca excipi, per quæ ne ab initio quidem poſſit is viam eligere, cætera autem tantum eo nomine ſervire. Ea loca indicantur hæc in *L. ſed quæ loca*, 22. *de ſer. ruſt. præd.* ædificia, arbuſta, vineæ. Ut proinde quæ ſerviant, ſint ea, quæ ſunt ædificiis, arboribus, vineis vacua. Paulo explicatius & certius Celſus de toto genere horum locorum complexus eſt in *d. L. ſi cui, de ſervit.* ea generali oratione poſita, ex qua intelligeremus in univerſum, per quæ loca auctori ire agere liceret, per quæ non liceret. *Quædam*, inquit, *in ſermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire agere ſinendus eſt; cum id æque commode per alteram partem facere poſſit, & minore ſervientis fundi detrimento*. Hæc ratio nos admonet duo eſſe tempora, quibus per quævis loca sine diſcrimine ſervitutem petenti ire agere liceat. Unum, ſi per omnia iri agi æque commodum ſit fundo ſervienti. Alterum, ſi incommodum illi quidem, ſed per omnia æque incommodum. Contra vero tunc iſti exceptioni locum eſſe, cum omnia quidem loca ſunt ea, per quæ actor æque commode ire agere poteſt: ſed ex his quædam, per quæ poteſt minore incommodo ſervientis fundi: alia, per quæ non poteſt ſine certo eius fundi detrimento. Hæc vero poſteriora excipi. Quo poſito, non conſiſtemus in ædificiis, arboribus, vineis: ſed videbimus, quænam iſta loca sint, quæ dicimus, quæ facile uſus & experientia communis indicabit: Ac generaliter definiemus quæcumque huius generis ſunt, omnia excepta intelligi, ut ſunt prata, horti, viridaria, loca ad voluptatem parata, & si quæ ſunt ſimilia.

XV. Sed cum hæc excipiantur contra generalitatem orationis, quæ ſervitutem ſine exceptione per fundum conſtituit; conveniebat huius exceptionis rationem reddi. Alioqui maneret hoc loco ea obiectio, quam verba ſtatuunt, ut quoniam conſtituitur ſervitus per fundum, in toto etiam omnes partes fundi contineri intelligantur. *L. in toto & pars, D. de reg. iur.* Similiter ut generali oratione placet contineri omnes ſpecies eius generis. *L. ſi ſervitus, D. de ſervit. urb. præd. L. Mævius*, 66. *§. duorum, D. de leg.* 2. Et Celſus in *d. L. ſi cui. de ſervit.* huic ipſi obiectioni tacitæ occurrens, non negat hæc loca fundi, quæcumque ſint, contineri ſimplici oratione conſtitutæ ſervitutis: ſed quædam in ſermone tacite excipi ait; ex hoc autem genere eſſe ſuperiora. Quæ cum excipi dicit, ſatis verbis contineri ſignificat. Unde ergo exceptio, cum verbis nihil hic exceptum videamus? Continetur, inquit ille, ſervitutis conſtitutione, ut ſervitute per fundum ſimpliciter conſtituta per quamlibet partem ire agere liceat, ſed ita, dum *modo civiliter*, ſeu dum *civili modo* (tot enim modis locus legitur) unde & illud tacite exceptum, ne inciviliter. Noſtris civiliter quid fieri dicitur, quod fit ut bonos & honeſtos cives decet, id eſt, bono more, ſine dolo malo, ſine captione, non malitioſe. Quod contra, inciviliter. *L. ult. §. pen. & ult. D. quod met. cau.* Quod in propoſito accidit ei, qui per loca iſta excepta ire contendit. Eſt enim manifeſtæ malitiæ, cum æque commode per aliqua loca ire poſſis minore fundi ſervientis incommodo, ea eligere, per quæ ſine certo eius detrimento ire agere non poſſis; ſcilicet non ut tibi proſis, ſed ut adverſario noceas. Quod ideo in hac cauſſa concedendum negat Celſus, id ſentiens, quod ipſe alibi apertius definivit, malitiis non eſſe indulgendum, ubi quid poſtules, ex quo nihil laturus ſis, niſi ut officias. *L. in fundo, D. de rei vind.* Sed & hoc in ſermone exceptum ait. Et cum verbis exceptum non ſit, relinquitur, ut exceptum intelligatur legantis aut contrahentium ſententia. Non enim plura ſunt, ex quibus conſtet conventio, & omnis oratio. *L. iuriſgentium, §. pactorum, D. de pact.* Et hæc ſententia ex fine ſervitutis conſtitutæ non obſcure colligitur. Quorſum enim ſervitus omnis? non utique ut vicinum quiſquam ſervitute oneret, ſed ut acquirat, quod ſibi ſit commodum. *L. quoties, 1. D. de ſervit.* Proinde contra mentem & propoſitum ſervitutem conſtituentium, ut quis in ſervitute ſibi non proſit, alteri tantum noceat. Bene ergo, nec præter conventionem excepta ſuperiora loca, ne per ea ire agere liceat, quamvis ſervitute ſimpliciter per fundum conſtituta. Cætera omnia ex verbis conſtitutionis ſerviunt: licetque in his per quamlibet partem ire agere.

XVI. Sed hæc, inquam, ab initio ad electionem loci, per quem deinceps eatur agatur. Semel autem determinato eo loco, placuit tertium, quod dixi, ut qua primum actor viam direxiſſet, ea demum

Digitized by Google

ire agere deberet, nec amplius mutandæ eius poteſtatem haberet. *d. L. ſi cui, de ſervit.* Denique ut ea ſervitus conſiſteret, cæteræ partes fundi liberæ eſſent, *d. L. certo, §. 1. de ſer. ruſt. præd.* At hoc an non iam perſpicue contra conſtitutionem, cum ſervitus ſimpliciter conſtituta ſit per fundum, non per unam aliquam fundi partem? Immo ideo maxime ſecundum conſtitutionem, quia ſervitus licet per fundum conſtituta, una tamen conſtituta eſt, non plures. Eſſent autem plures, exempli gratia, plures viæ, ſi uno loco ſemel viæ electo, etiam per alium viam dirigere liceret. Sane hoc ita eſt, dicat aliquis, ſi quis præter eum locum, qua prius viam direxit, ſimul nova loca eidem ſervituti occupet. At propone eum qui cum aliquem locum prius elegiſſet, hoc repudiato, alium eligat. Non poteſt omnino hic dici plus una via eligere, quanvis priorem mutaverit. Finge ergo aliquem id facere. Quidni ceſſante priore ratione hoc illi facere ex ipſa conſtitutione concedatur? Denegandi hæc ratio eſt, quod non modo hic una ſervitus per unum tantum locum debita fuit; ſed etiam ita debita, ut hæ, ſic ſemel per unum locum directa, ibi conſiſteret, cæteras partes actor ſervitute liberaret. *d. L. certo. §. 1. de ſervit. ruſt. præd.* Quippe ſervitutem delatam per locum electum ſibi quæſivit. Ea acquiſitione ius omne ſervitutis conſtitutæ conſumpſit. Quo conſumpto nihil habet amplius, quod poſſit ſervitutem novam per alium locum petere. *L. apud. D. de opt. leg.*

XVII. Inventa ea parte, quæ ſerviat, ſupererit adhuc circa hanc partem hæc dubitatio, quantam eam eſſe oporteat. Quod ſæpe dubium facit modo conſtitutio ſervitutis, modo latitudo eius lege aliqua conſtituta. Ideo & de eo nonnihil dicendum eſt, ut efficiatur omni ex parte ea pars certa, quam ſervire volumus. Et refert, utrum ſervitutis certa ſpecies, puta via, actus, iter conſtituatur nullo certo demonſtrato loco, per quem iretur, ageretur: an vero certo loco demonſtrato.

XVIII. Si nulla loci demonſtratione facta, ſervitus conſtituta eſt, latitudinem lege conſtitutam ſequemur, ſi mox ulla lege [3] ea latitudo definita eſt. Ut viæ latitudo lege duodecim tabularum ita conſtituta eſt, ut ſit octo pedum in porrectum, in anfractum autem, id eſt, ubi currus ſeu vehiculum flectitur, pedum ſedecim. *L. via.* in pr. *D. de ſer. ruſt. præd.* Finge ergo viam ſimpliciter conſtitutam: legitima hæc latitudo debebitur. Quod ſi ſervitutis nulla legitima latitudo eſt, ut accidit in actu & itinere; tanta latitudo eſſe debebit, quanta uſui ſervitutis conſtitutæ convenire videbitur. De quo ſi erit controverſia, de eo ab arbitro erit ſtatuendum. Hoc in *L. certo. §. latitudo. D. de ſer. ruſt. præd.*

XIX. Quod ſi demonſtrato certo loco, per quem iretur, ageretur, via conſtituta erit: hic iam non ſpectabimus, quæ ſit legitima latitudo ſervitutis appellatæ, ſed quantus is locus, qui deſignatus eſt. Ut ſi quidem locus demonſtratus latior ſit legitima latitudine, totus ſerviat; ſin anguſtior: non latius locus ſerviat, quam quatenus patet. Uſque adeo, ut si is locus viam non recipiat, actus tantum conſtitutus intelligatur. Si ne actum quidem recipiat propter anguſtias, iter tantum intelligatur conſtitutum. *L. ſi tam anguſti, D. de ſervit. L. via.* in pr. *D. de ſer. ruſt. præd.* Nec quia conſtituta eſt, quæ per eum locum non reperitur, ideo conſtitutionem inutilem eſſe dixeris, ut alias ſolet, cum non reperitur in rerum natura res, quæ promiſſa eſt. *Inſt. de inut. ſtip.* in pr. Ex ſuperiore enim conſtitutione cum certi loci demonſtratione coniuncta intelligimus placuiſſe, ut via eſſet, si per locum liceret: si non liceret, tantum conceſſum videretur, quantum poteſt. Neque id præter conſtitutionem ſervitutis. Nam cum via iter & actum in ſe contineat, *L. 1. D. de ſer. ruſt. præd.* qui hanc conſtituit, cætera etiam ſuperiora conſtituit: ut dicendum ſit, si omnia coniunctim ex conſtitutione haberi non poſſint, attamen conſtitutionem [4] efficere, ut per ſe ſingula recte habeantur.

CAP.

3) *L.* 8. *R. P.* Cæpolla *de Serv. ruſt. C.* 3. *n.* 4. vid. Coraſ. *ad L.* 1. *de Serv. n.* 100. *& ſeqq.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 11. *pag.* 113. Hotom. 2. *Obſ.* 21. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 14.

4) Ita & Duar. *ad d. L.* 13. Ratio dubitandi videtur nec iter, aut actus deberi, arg. *L.* 3. *de reb. dub.* Ratio decidendi: loquitur *d. L.* 3. de rebus diverſis: viæ autem iter ut minus maiori ineſt *L.* 110. *pr. de R. I.* ubi P. Fab. *pag.* 483.

CAP. XIV.

Servitus prædiorum facta, quid a prædiis ad dominos prædiorum tranſferat: ſeu quid ea utendi domino concedat; quid in onere ſervientis prædii domino imponat.

Rerum nexus & ordo. I.
Ius ſervitutis prædii, cui debetur, domino quæſitum in illius uſu conſiſtit. II.
Vſus ille in duabus rebus cernitur, & quomodo. III.
1. *In ipſa ſervitute: cuiuſmodi uſus ratio ex ipſa conſtitutione, & unaquaque ſervitutis ſpecie æſtimandus. De quo duæ in univerſum præceptiones, & quæ illæ*. IV. V.
2. *In iis quæ ſervituti accedunt, ſed tamen ad ſervitutis uſum neceſſariis rebus. Cuius generis tres*. VI.
Quælibet ſervitus ad uſum principalis neceſſario debita. VII.
Refectio loci, qui & ipſe ſit neceſſarius ſervituti. VIII.
Vſus vicinorum locorum, unde refectioni neceſſaria exportentur. IX.
An & commodior ſervitutis uſus quæri liceat ſine detrimento fundi ſervientis: & aliquando etiam cum illius damno, & quomodo. X.
Quæcunque ad uſum ſervitutis non pertinent, utentis prædii domino facere non licet, etſi fundo ſervienti non incommodent. Si quid alias cautum, pacti exceptione defenditur. XI.
Quantum de iure rei ſuæ domino fundi ſervientis adimatur, unde æſtimandum: & quid hic in univerſum pati, aut non facere iu ſuo cogatur. XII.

I. Atque hoc ius eſt ſervitutis in prædiis; ſic ſervitus prædia afficit, & his inhærens ſic ad ea pertinet. Hæc deinde a prædiis transfertur ad perſonas, ut vel utatur is, cuius prædio debetur; vel huius onus ferat is, cuius prædium ſervit. Quid hic ſervitus utenti domino concedat, quid in onere ſervientis prædii domino imponat, videamus: quibus in rebus ius perſonæ de ſervitute conſiſtit.

II. Et quod ius ſervitutis domino ex ſervitute peti poteſt, id neceſſe eſt aut in proprietate loci ſervientis verſari, aut in ſervitutis uſu, aut in utroque. Sed proprietatem loci ſervitus non mutat. Per quem locum ſervitus conſtituta eſt, eius loci corpus non eſt domini eius, cui ſervitus debetur, ſed manet eius, cuius eſt prædium, quod ſervit. *L.* 4. in pr. *D. ſi ſerv. vind.* Idque ſervitutis ipſius conſtitutio facit. Non enim ſervitus res eſt corporalis, ſed ius re corporali utendi, ut iter per fundum, non eſt fundus, aut pars fundi, ſed ius per fundum eundi, ut eſt in *d. L.* 4. in pr. *D. ſi ſer. vind.* Sic fit, ut omne ſervitutis ius, quod perſonæ tribuitur, ſit in eius uſu: qui & ſervitutis unicus fructus eſt & commodum.

III. Hic uſus duabus in rebus verſatur: in ſervitute ipſa primo & principaliter; tum per acceſſionem in rebus extraneis quidem, ſed ad uſum ſervitutis pertinentibus. *Tom. III.*

IV. In ſervitute ipſa tantum iuris eſt domino, quantum ſervitutis conſtitutio concedit. Quid autem hic concedat, ex unaquaque ſpecie ſervitutis iudicandum eſt. Cuiuſmodi ſpecies quæ eſſent, ſupra diximus propriis capitibus. Illa duo in univerſum hic videntur recte præcipi poſſe, quæ indicantur aliquorum locorum exemplis.

V. Unum, ſi quid generaliter cautum tributumve ſit conſtitutione ſervitutis, ut eſt vis orationis generalis, ita omni ſpeciei eius generis tributum accipi debere. Ut ſervitute mihi conſtituta, ne luminibus meis officiatur, placet hoc contineri, non tantum ne officiatur luminibus, quæ nunc ſunt, ſed etiam quæ poſt tempus conſtitutionis eſſe cœperint. *L. ſi ſervitus, D. de ſer. urb. præd.* Alterum, ſi conſtitutionis ambigua aut obſcura oratio eſt; ſi quidem ſervitus emitur, ſemper id accipiendum, quod eſt contra venditorem. Quo referri oportet ſpeciem *L. ſi arborem*, *§. ult. D. de ſervit. urb. præd.* ſumptum ex definitione generali veterum, pactionem obſcuram vel ambiguam, venditori, & ei qui locavit, nocere. *L. veteribus*, *D. de pact.*

VI. Etiam extra ſervitutem tacite iura quædam accedunt, dum ad ſervitutis uſum pertinent. In quo utimur hac definitione, quidquid eſt, ſine quo ſervitute conſti-

 tuta

tuta recte uti non poſſimus, aut ipſe uſus ſit inutilis, id omne ſequi tacite, & una cum ſervitute [1] conceſſum videri, ſcilicet quia aliter ne ipſa quidem ſervitus videatur conceſſa. Quod & in omnibus rebus conceſſis obſervatur. *L. 2. D. de iuriſd.* Huius generis res in ſervitute ſunt tres; nova ſervitus ad uſum & utilitatem conſtitutæ neceſſaria; refectio loci ad ſervitutem deſtinati; & locorum vicinorum ad hanc ipſam refectionem neceſſariorum uſus.

VII. Quæcumque ſervitus ad uſum principalis neceſſaria eſt, ea quoque ſemper conceſſa intelligitur. Ut hauſtu aquæ conſtituto, iter quoque ad hauriendum; ſine quo ad fontem perveniri non poteſt. Ut autem non pervenias, nullus ſit hauſtus. *L. 3. §. 1. D. de ſerv. ruſt. præd. L. Gaurus*, in fin. *de ſerv. urb. præd.* Sed & e converſo ſi cui ius ceſſum ſit adeundi ad fontem, placet ineſſe & hauſtum. *d. L. 3. §. 1.* non quia iter ad fontem eſſe non poſſit, etiam ſi quis fonte non utatur: ſed quia niſi quis utatur fonte, iter ſit inutile. Non eſt autem fontis uſus, niſi in hauſtu aquæ, ubi non conceditur aquæductus. Sed quod dictum eſt hauſtu aquæ conceſſo etiam iter deberi, de hauſtu ex fonte privato intelligendum eſt. Diverſum [2] eſt, ſi quis hauſtum ceſſerit ex flumine publico. Ut hic hauſtus fruſtra ceditur, ita nec iter ad flumen ex hac conceſſione deberi placet. *d. L. 3.* in fin. *de ſerv. ruſt. præd.* Ipſum hauſtum fruſtra cedi conſtat; quippe ex ea re, quæ non eſt privati iuris. At cur non debeatur iter ad flumen, cum id futurum ſit per fundum, id eſt, rem privati iuris eius, qui conſtituit? Quia hic non conſtituitur iter, ſed hauſtus, ac propter hauſtum iter, ut ad hauſtum accedat. Quoties autem conſtituitur quid alterius rei principalis cauſſa, re principali non ſubſiſtente, placet nec acceſſionibus locum eſſe. *L. cum principalis. D. de reg. iur. L. 2. D. de pec. leg.* Idem dicemus, etsi non hauſtus ceſſus ſit ex flumine publico, ſed iter ad flumen, nominatim tamen hauriendi cauſſa. Nam & hic principalis cauſſa eſt in hauſtu. Quod ſi ſimpliciter cedatur iter ad flumen, recte ceditur; quia ceditur principaliter, & ceditur per fundum privatum: ut ſit hic cauſſa principalis in itinere, quæ & per ſe recte conſiſtat. Hoc in *d. L. 3.* in fin. *de ſerv. ruſt. præd.*

VIII. Refectio ita eſt, ut ſi loco, per quem nobis iter aut via conſtituta eſt, uti commode non poſſimus propter inæqualitatem aut humorem loci, niſi complanato aut ſtrato loco, liceat fodiendo aut ſubruendo iter facere, id eſt, complanare, ſternere. *L. ſi iter, D. de ſervit.* Sic & ſi ex ſuperiore area mihi iter actuſve conceſſus ſit, unde ad domum meam non sit aditus ex plano: placet licere mihi gradus vel clivos in vicini area prope ianuam meam facere, dum ne quid ultra, quam quod neceſſe eſt, itineris cauſſa demoliar. *L. ſervitutes, §. 1. D. de ſerv. urb. præd.*

IX. Refectione admiſſa conſequens fuit, ut admitterentur & quæ ad refectionem ſunt neceſſaria. Quod & placuit; cuiuſmodi ſunt; ut ad vicina loca, quæ non ſerviunt, accedere liceat, res ad purgationem, & refectionem neceſſarias eo convehere, ibique positas habere, item ibi consiſtere purgandi, reficiendi cauſſa: omnia, quatenus ad refectionem & ſervitutis uſum sit neceſſe. Hæc in *L. refectionis*, tota, *D. com. præd.*

X. Nihilne ergo ultra quam ad ſervitutis uſum neceſſe eſt, licet ſervitutis cauſſa facere? Immo licet, si modo ad ſervitutis commodiorem uſum pertinens ſervienti ſundo non noceat. Quale eſt, quod placet, ei, qui aquæductum habet, licere fiſtulam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quæ aquam latius exprimat; denique quod vellet, in rivo facere; dum ne domino prædii aquagium deterius faciat. *L. Quintus, D de ſerv. ruſt. præd.* Item ut deprimat vel allevet rivum, per quem aqua ducitur. *L. refectionis*, in fin. pr. *D. com. præd* Cæterum ut fundo ſervienti quis noceat, extra refectionem & ſervitutis uſum neceſſarium, quem ſupra poſuimus, ei qui ſervitutem petit, facere nihil licet, ne in ſuo quidem, nedum in fundo ſerviente. Atque hic locum habet, quod definit Paulus in *L. ſervitutes, §. pen. D. de ſerv. urb. præd.* omnino meliorem vicini conditionem fieri poſſe, deteriorem non poſſe; niſi aliquid nominatim in imponenda ſer-

1) Sic iure aquæ ducendæ conceſſo, etiam rivi faciendi, Rivus enim iter aquæ. Aquæductus ius habendi rivi in prædio alieno, Cuiac. 9. *ad Afric. in L.* 33. §. 1, *R. P.* vid. Bronch. 2. *Aſſ.* 4.

2) Nam ex flumine privato hauſtus cedi poteſt: quomodo accipienda *L. 2. comm. præd.* Cuiac. 3. *Obſ.* 28. Bronch. 2. *Aſſ.* 4. licet Donellus noſter accipiat de flumine publico, *ſupra C. 3. N.* 3. Vital. 2. *Var. Lect.* 9. *n.* 1. Qui hauſtum, ait, ex flumine publico cedit, ideo nihil agit, quia id unicuique ipſo iure competit. Subiicit nec iter aut viam conceſſam cenſeri, quia ad publicum flumen publicus aditus, ideoque non eſſe antecedens neceſſarium iter privatum ad flumen publicum. Vitioſa ratio. Sic enim nec ſimpliciter iter concedi poſſet. Et poteſt eſſe compendioſior via ad flumen per fundum vicini quam publicus ille aditus. Recte autem noſter.

ſervitute immutatum fuerit. Et inter alia hoc exemplo utitur. Stillicidium, inquit, quoquo modo acquiſitum ſit, altius tollere dominus in ſuo poteſt: levior enim fit eo facto ſervitus; cum quod ex alto cadit, lenius & interdum nec perveniat ad locum ſervientem. Inferius demittere non poteſt; quia fit gravior ſervitus, id eſt, pro ſtillicidio flumen.

XI. Sane ſervitus naturaliter, non manu facto lædere poteſt fundum ſervientem: ut ſi imbri creſcat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aquæ fons ſecundum rivum, vel in eo ipſo inventus poſtea fuerit. Hoc in *L. ſi mihi eodem*, 20. §. 1. *de ſerv. ruſt. præd.* Sed etſi quod fit in ſervitute, nihil admodum ſervienti fundo noceat; ſi tamen ad ſervitutis uſum non pertinet, ut quia conceditur alii, id facere non permittitur. Et ideo placet non licere mihi ex meo aquæductu vicino commodare. *L. ex meo*, *D. de ſerv. ruſt. præd.* Uſque adeo, ut quamvis per plurium prædia aquam ducam quoquo modo impoſita ſervitute: tamen non poſſim eorum cuiquam [3] hauſtum ex rivo cedere. *L. cum eſſent*, §. 1. *D. eod.* Merito, cum ne in meam quidem partem fundi aliam, quam ad quam ſervitus acquiſita ſit, uti ea poſſim. Proculi ratio in *d. L. ex meo*, ſumpta ex natura ſervitutis prædii; quæ prædio, cui acquiſita eſt, ita cohæret, ut intra eius uſum conſiſtat: ac ſi producatur longius, non ſit prædii ſervitus *L. 5. L. 6. D. eod.* Plane ſi in imponenda ſervitute aut poſtea convenerit, ut ex rivo mihi concedere liceret vicinis, per quorum prædia aquam duco, recte his concedam; non ut debeatur his [4] ſervitus aquæducendæ, aut hauriendæ, cum neque ipſorum prædia ipſa ſibi ſervire poſſint, neque ego ſervitutis ſervitutem conſtituere: *L. 1. D. de uſufr. leg.* ſed ut in ea ceſſione is, qui ceſſit, exceptione pacti defendatur; ne videatur contra impoſitam ſervitutem facere. Hæc ſententia *d. L. cum eſſent*, §. *ult. de ſerv. ruſt. præd.*

XII. Ex hoc iure eius, cui debetur ſervitus, ſua ſponte intelligitur, quid ea ſervientis prædii domino imponat, ſeu quid ei de iure rei ſuæ adimat. Quantum eſt enim, quod in prædio ſerviente tribuitur alii, tantum neceſſe eſt adimi domino prædii. Idque eſt, quod dicitur, ſervitutem imponi, cum quis ius ſuum deminuit, alterius auxit. *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de op. no. nunt.* Nempe ergo hoc imponit domino ſervientis prædii, ut vicinum ſervitute utentem cogatur pati, aut eo nomine quid non facere, prout erit conditio ſervitutis. *L. quoties*. 1. §. 1. *D. de ſervit.* In univerſum autem, ne quid faciat in ſuo contra impoſitam ſervitutem; ſeu ne quid, quo ſervitus impediatur; quod ex unoquoque genere ſervitutis æſtimandum eſt. *L. inter*. *L. ſi arborem*, *L. ſervitutes*, §. *ſi ſervitus*, §. *ultim. D. de ſerv. urb. præd. L. certo*. §. 1. *de ſervit. ruſtic. præd.* Non dubium autem, quin ex hac ratione dictum ſit, per quem locum viam alii ceſſero, per eumdem me alii aquæductum cedere non poſſe: & contra ſi aquæductum alii conceſſero, alii iter per eumdem locum vendere vel alias cedere me non poſſe, *L. per quem*, *D. de ſerv. ruſt. præd.* nam & aquæductu iter, & rurſum itinere aquæductus per eumdem locum impeditur.

CAP.

3) Adde quod nec poſſit hauſtus concedi alicui ex dominis prædiorum neque alteri. Quia ſi cedis domino rum fiet ut prædium, quod tuo fundo ſervitutem aquæductus debet, ipſum ſibi ſerviret ad hauſtum aquæ, cum in eodem fundo aqua ducatur ac hauriatur. Si vero cedis alii, quam domino, etiam ratio illa obſiſtit, quod ſervitutis conditionem efficis deteriorem, A. Fab. 5. *Coniect.* 11. Male itaque Hotom. 8. *Obſ.* 14. vocula *meam* ex *d. L.* 24. eiecta, & pro, *contra*, *contrahis*, repoſito: Proculum Labeonis ſententiam, non reprobare, ſed reſtringere. Quaſi velit tum non licere commodare, ſi aqua fundum ſervientem nondum egreſſa. Licere autem poſtquam prædium dominans ingreſſa.

4) Non ut ſi ſervitus prædialis aut perſonalis, quia qualitas qualitatis, accidens accidentis non eſt, ſed obligatio perſonalis, quæ pertineat etiam ad heredes contrahentium. Quod idem obtinet ſi domino prædii id conceſſum. Nam ſine conventione dominus prædii ſervientis haurire aquam ex rivo vel adpellere ad eum pecus non poteſt *L.* 2. *de rivis*. Quod ſi convenerit, non iure ſervitutis habet, quæ rei ſuæ nulla, ſed conventionis, ita Cuiac. 9. *ad Afric. ad d. L.* 33. §. 1. Male itaque Balduin *ad* §. 31. *l. de legat. n.* 3. *&* 4. ſervitutem quidem perſonalem, quæ temporalis, non poſſe conſtitui ſervitutis realis, quæ continua & perpetua. Nihil autem impedire quo minus ſit perſonalis ſervitus ſervitutis perſonalis; & realis ſervitus ſervitutis realis *d. L.* 33. §. 1. *& L.* 2. *de rivis*.

C A P. X V.

De conſeſſoria actione ſervitutis perſequendæ cauſſa. Quæ, & Qualis actio, & Cur ita dicta. Cui competat; Adverſus quos; Quid petat, quod & actor conſequi debeat officio iudicis, cum de ſervitute ipſa, tum de fructibus.

Nexus, & ordo. I.
Servitutis, omniſque ex illa iuris tuendi cauſſa confeſſoria & negatoria actio inſtituta. Quid utraque, & unde appellata. II.
Utraque actio in rem, & de re noſtra, & quomodo. III.
Utraque prædii domino competit. IV.
Ideo nec fructuario, & quatenus. V.
Contrariis occurritur. VI.
Prædii domino competit in omni genere ſervitutis, ſeu directa ſeu utilis; & quare. VII.
Cuique, etiam domino rei communis. VIII.
Item ſive non poſſidenti ſive poſſidenti & quare. IX.
Competit adverſus dominum prædii & præterea adverſus quemcumque qui ſervitutis uſum quocumque modo prohibeat. X.
Duplex huius actionis ſeu finis, ſeu petitio; ut & Iudicis officium. XI.
1. *Ut ſervitutis conſtitutæ, declarationem præeuntem eiuſdem ſive reſtitutio ſive præſtatio cautioni iuncta ſequatur.* XII.
Quomodo præſtetur ſervitus. XIII.
Cautio quam viam habeat, aut cuius rei gratia introducta. XIV.
Quid peculiare habeat in ſervitute oneris ferendi cautio. Et quod huic & reliquis adiunctum Iudicis officium. XV.
2. *Ut fructus etiam, & omne quod intereſt, præſtetur.* XVI.
Petitionem ſervitutis inſtituit ſive ſolus dominus, ſive ex pluribus dominis unus: quam & ſequitur condemnatio ſive ſolius domini, ſive unius ex pluribus. Qui petitionis a condemnatione ſive differentiæ ſive convenientiæ modus. XVII.
Contrariis occurritur. XVIII.

I. Poſtquam ita ius eſt de ſervitute, ut quæſita noſtra fiat, ea autem non conſtituta maneat integra libertas rei noſtræ, & utriuſque ea iura ſint, quæ diximus: curandum fuit hic quoque, ut eadem tueri liceret & conſervare. Quod & factum eſt: qui proximus locus eſt, & coniunctus ſuperiori, de quo dicatur.

II. Conſervantur iſta actionibus. Actiones de his propriæ duæ, Conſeſſoria & Negatoria, ſimiliter ut de uſufructu. Conſeſſoria ei qui ſervitutem ſibi competere confitetur, & contendit: Negatoria domino qui negat. Unde utrique nomen. *L.* 2. in princ. *D. ſi ſerv. vind.* Ex re igitur nomen, non ex conceptione verborum. Quiſquis re ſervitutem ſuam eſſe intendit, conſeſſoria utitur, etſi maxime oratio verbis negativa eſt: & quiſquis negat, utitur negatoria, ut maxime verbis affirmativis utatur. Ac poteſt conſeſſoria verbis negativis concipi, & negatoria affirmativis. Exemplo eſt ſervitus ne luminibus officiatur. Quæ ſi mihi debetur recte intendo ius vicino non eſſe ædes ſuas altius tollere, ne luminibus meis officiat. Intentione aperte negativa, quæ tamen actionem conſeſſoriam habet. Et contra ſi hanc ſervitutem vicinus non debet, recte intendet ſibi ius eſſe altius ædes ſuas tollere, ut ſit negatoria actio ob ſervitutem negatam, quæ tamen verbis affirmativis concepta eſt. Utrumque in *L.* 4. §. *competit*, *D. ſi ſerv. vind.* Cur de ſervitute placeat eſſe etiam negatoriam actionem, cum in controverſiis rerum corporalium hæc non ſit prodita, dixi ſupra in uſufructu.

III. Hæ quibus, Adverſus quos, Quid petant, quemque exitum habeant ad ea obtinenda, quæ quærimus, breviter videamus. Quod totum ex genere actionis æſtimandum eſt. Actiones in rem ſunt, non in perſonam. *L.* 2. in pr. *D. ſi ſer. vind.* §. *æque*, *Inſt. de act.* utpote de re noſtra ambæ. Conſeſſoria de ſervitute, quam noſtram eſſe intendimus: negatoria de libertate rei noſtræ. Nam & hæc vi ipſa libertatem rei noſtræ perſequitur, & aſſerit. Quod dum conſequitur ſervitutem alienam a ſe removendo, idcirco & de ſervitute, & negatoria dicitur. Cæterum exitu & de re noſtra eſt, ideſt, de libertate rei noſtræ, idque ita fit, quod qui ædes ſuas exempli gratia ſervitutem debere negat, re ipſa hoc intendit ædes

ſuas

ſuas eſſe liberas. Eaque etiam huius actionis intentio eſt. *d. L.* 4. *§. competit, ſi ſerv. vind.* Recte igitur in rem, ut ſunt omnes, quibus rem noſtram petimus. *L. actionem, D. de obl. & act.* Unde & vindicationis nomen in hoc genere, ut in *Titulo, Si ſervitus vindicetur*, quod nomen proprium eſt actionum in rem. *d. L. actionum, §. appellamus, Inſt. de act.*

IV. Hinc ſequuntur cætera, quæ de harum perſecutione & exitu quærimus. Competit ergo confeſſoria, ut dixi, ei, qui ſervitutem ſibi competere, id eſt, ſuam eſſe, intendit. *d. L.* 2. *ſi ſerv. vind.* Non competit ſervitus prædii, niſi domino prædii, cui prædio ſervitus debetur. Meminiſſe enim debemus ſervitutem prædii eſſe. Hanc prædio acquiri primum & deberi: poſt deinde per prædium transferri ad perſonas dominorum, ut proxime diximus. Eo fieri, ut hac uti aut eam vindicare poſſit, qui ſit prædii dominus. Bene igitur dictum, confeſſoriam actionem nulli alii competere, quam [1] prædii domino. *d. L.* 2. *§.* 1. *L.* 1. *ſi ſerv. vind.*

V. Cui conſequens eſt hanc actionem non competere fructuario. Hic enim non eſt prædii dominus. *L. recte, D. de verb. ſign.* Idque uſque eo verum eſt, ut neque competat ei de ſervitute, quæ prædio ipſi debetur, neque de ſervitute, quæ proprie ei [2] conceditur fruendi cauſſa, puta itineris, ſine quo ad fundum fructuarium accedere non poteſt. Quod tamen non eo pertinet, quin fructuarius utraque ſervitute uti, & utramque petere poſſit, ſed eo dumtaxat ut poſſit tantum utriuſque nomine uſumfructum ſuum vindicare; per cuius intentionem etiam conſequetur ſervitutis uſum, ſine quo uti frui prædio non poteſt; non autem ut poſſit principaliter vindicare ſervitutem, qui prædii dominus non eſt. De quo nunc agitur. Hæc ſententia *L.* 2. *§. recte, D. ſi ſerv. vind. L.* 1. *§.* 1. *D. ſi uſufr. pet.*

VI. Videbatur obſtare huic ſententiæ, quod interdictum de itinere actuque privato etiam fructuario competit. Cur non ergo etiam confeſſoria de eodem itinere actuque privato? Ulpianus huic obiectioni occurrens in *d. L.* 2. *§. ult. ſi ſerv. vind.* de ſententia Pomponii oſtendit mirum aut contrarium videri non debere, ſi alterum datur fructuario, hæc illi non datur. Alibi enim, inquit, de iure, id eſt, in confeſſoria actione; alibi de facto, ut in hoc interdicto, quæritur. Sententia eſt: quia in confeſſoria actione, qui agit, de iure agit, id eſt, de ſervitute ipſa, quam ſuam eſſe intendit. In interdicto, qui agit, ſolum hoc intendit ſe itinere actuque [3] uſum, quod eſt in facto.

VII. Servitutem ſuam eſſe intendere nemo poteſt, niſi qui prædii dominus eſt. At poteſt quivis ſervitute uti, etiam qui prædii non eſt dominus. Hoc enim factum in omnes cadit. Sed ut confeſſoria actio non datur niſi de ſervitute: ita ſciendum eſt eam domino vindicanti de omni ſervitute competere. Quo ſpectant *L.* 4. in pr. *§. ſi fundus*, in fin. *§. ultim. L. etſi, §. etiam, D. ſi ſerv. vind.* Etſi de quibuſdam eſt directa confeſſoria: de quibuſdam utilis dumtaxat. Illa de cæteris, quæ a domino recte conſtitutæ ſunt: hæc de ſervitute, quæ longo tempore quæſita eſt. *L. ſi quis diuturno*, in pr. *D. eod.* Quamquam & in ruſticis ſervitutibus dubitatum eſt, num iure valerent cæteræ, quæ ſunt præter illas quatuor, iter, actum, viam, & aquæductum. Et fortaſſe eodem exemplo quis dixerit & cæteras valere. Quod ſi non obtinetur, at certe earum traditio & patientia inducet officium prætoris, ut eſt in *L.* 1. in fin. *de ſer. ruſt. præd.* id eſt, valebunt ſaltem iure prætorio, ut ei de his ſit confeſſoria utilis.

VIII. Præterea ut confeſſoria non datur alii, quam domino: ita datur omnibus, qui ſunt domini, non ſolum ſi ſint domini in ſolidum; ſed etiam ſi pro parte: ut ſit in re communi; in qua unuſquiſque ſociorum ſervitutem prædio communi debitam vindicare poteſt etiam in ſolidum; quoniam ea res diviſionem non recipit. *L.* 4. *§. ſi fundus, D. ſi ſerv. vind.*

IX. Domino competit hæc actio citra controverſiam, si ſervitutem non poſſideat exemplo rerum corporalium. Huc enim maxime pertinet actio, ut ſervitus reſtituatur. Tunc autem præcipue reſtituenda eſt, cum ab actore non poſſidetur. Sed nihilominus ut in uſufructu; ita hic quoque de ſervitutibus prædiorum confeſſo-

1) Utilis tamen ſervitutis petitio datur & quaſi domino ut emphyteutæ, ſuperficiario *L.* 1. *§. ult. de ſuperfic.* creditori *L.* 16. *de ſerv.* vid. Ciſner. *ad L.* 15. *de op. no. nunc. pag.* 10. *& ſeq.* Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 5. *& ſeq.*

2) Videtur hic noſter ſentire quod aditus ille ad rem fructuarium, de quo vid. *Lib.* 10. *C.* 7. *N.* 6. ſit ſervitus, quod tamen diſerte negat *d. L.* 2. *§.* 2. Servitus enim ſervitutis non eſt. Et cum prædium non habeat fructuarius; neque ſervitus prædii illi deberi poteſt *L.* 1. *comm. præd.* Vital. 2. *Var. Lect.* 8. *n.* 3. Obſic. *L. un §.* 4. *de remiſſ.* Reſp. vid. *ſupr. Lib.* 10. *C.* 11. *n.* 10 *Not.* 3.

3) Uſus ſervitutis perſonæ cohæret, ſervitus vero ipſa prædio, Hotom. *Ill. Q.* 41. *pag.* 381.

ſeſſoria competit etiam ſervitutem poſſidenti, ut idem ſit iuris, id eſt ſervitutis petitor & poſſeſſor. Hoc in *L. etſi*, §. 1. *L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur*. *D. ſi ſerv. vind.* quibus in locis quomodo quis ſit in poſſeſſione ſervitutis, aut non ſit, exemplis declaratur. Ius ideo maxime notandum in ſervitutibus omnibus, quia in actionibus in rem de rebus corporalibus nunquam actio ultro poſſeſſori datur. *L.* 1. §. *pen. D. uti poſſ.* §. *æque*, *Inſt. de act.* Differentiæ ratio eſt, ut & in uſufructu attigimus, quod in re corporali, quam tenere volumus, ſi quis eam tenet, ei ſufficit. *d. L.* 1. §. *pen. D. uti poſſid.* habet enim quod vult, nec deſinet tenere, ſi vult, niſi quis eam vi auferat. In ſervitutibus contra accidit. Nam cum ſervitus omnis ſit in prædio alieno, in quo dominus poſſit quidvis facere, cum vult, nobis ignorantibus & invitis, nunquam ſatis videmur rem tenere, ſi ſervitutis nobis debitæ nobis controverſiam faciat, aut eius uſum impediat.

X. Competit hæc actio adverſus eos, adverſus quos eſſe ſolet in rem actio. Hæc autem datur adverſus eos, qui rem noſtram poſſident tenent, & habent reſtituendi facultatem. *L. actionum*, *D. de obl. & act. L. officium*, *D. de rei vind.* Atque id facit in ſervitute, qui liberum uſum ſervitutis prohibendo hanc veluti nobis detinet, dum facit, ne eius velut poſſeſſione uti liceat. Hinc confeſſoria actio adverſus dominum quidem prædii, ſi quid is contra ſervitutem facit: *L. etſi*, §. *etiam*, in fin. *D. ſi ſerv. vind.* ſed non adverſus hunc ſolum; verum generaliter adverſus [4] omnem, qui nos ſervitute prohibet, ſive ſervitutis controverſiam faciat, ſive non faciat. Nec intereſt, [5] quomodo prohibeat, utrum manu vel aditum ad iter, vel refectionem prohibendo; an opere aliquo, puta in itinere aliquid ædificando, aut immiſſum habendo, aut alio modo. *L. ſi quis diuturno*, §. *ult. L.* 4. §. *ſi fundus*, verſ. *ſi quis mihi*. *L. ſi eo loco*. *D. ſi ſerv. vind.*

XI. Finis huius actionis ſeu petitio & intentio idem continet, quod & officio iudicis præſtandum eſt. In quo eſt exitus huius actionis. Quare & ex officio iudicis, ſicubi de eo legimus, qualis intentio eſſe debeat; & vice mutua ex intentione, quid ſit in officio iudicis, intelligemus. Petitio huius actionis duas habet partes; unam de ſervitute; alteram de ſervitutis interpellatæ fructibus.

XII. De ſervitute item duo, quibus ad ſervitutis uſum liberum pervenitur: declarationem ſervitutis conſtitutæ, & huius reſtitutionem. Petimus enim primum, ut ſervitus declaretur noſtra eſſe, ſeu prædio noſtro deberi, ut intendimus; ſic deinde ut nobis reſtituatur. Utrumque eadem de cauſſa in officio iudicis. Primum ut ſententia ſua non ſervitutem conſtituat, quæ ſi recte petitur, iam ante conſtituta eſt; ſed ut quæ ſit, declaret. *L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur*, *D. ſi ſerv. vind.* idque ad exemplum vindicationis rerum corporalium, de quo in *L. & ex diverſo*, §. 1. *D. de rei vind.* Secundum, ut iubeat iudex ſervitutem recte reſtitui. Quod duabus rebus continetur: ut iubeat ſervitutem præſtari, aut cautionem. Sic enim iſta leguntur disiunctim in *L. harum*, *D. ſi ſerv. vind.* Sed disiuncta hic accipi debent pro coniunctis, ut alibi ſæpe in uſu iuris, cum res & mens loquentis id poſtulat. *L. ſæpe*, *D. de verb. ſign.* Hic quidem non poteſt aliter, quia, ut ex eodem loco apparet, utrumque præſtandum eſt, & ſervitus & cautio. Sequitur enim in extremo, reum condemnari, ſi neque rem præſtet, neque cautionem.

XIII. Servitus præſtari intelligitur, cum præſtat adverſarius ſervitutis uſum liberum, ideſt, cum deſinit impedire uſum, ut prius; & ſi quid poſuit, aut poſitum habuit ad impediendam ſervitutem, ut tollat, & rem in priſtinum ſtatum reſtituat. *L. ſi eo loco*, *D. ſi ſerv. vind.*

XIV.

4) At obſtare creditor *d.* §. 3. *L.* 6. *hoc tit.* Vital. 2. *Var Lect.* 2. *n.* 5. *&* 6. valde eam §. torſiſſe ingenia interpretum ſcribit. Ipſe etiam ſe torquet nec expedit. Ciſner. *in interpret. L.* 15. *de op. no. nunc.* ſpeciale eſſe in actione de ſervitutibus oneris ferendi ut detur contra ſolum dominum. Quia ea, inquit, petitur non tantum ut onera ferat adverſarios, ſed & ut parietem vel columnam reficiat *d. L.* 6. § 2. Quæ reficiendi facultas ſoli domino *L.* 33. *V. P.* Quare ſingulariter hic conſtitutum ad alias ſervitutes non eſt trahendum. Sed cum reſiſtant verba extrema *d.* §. 3. *ſicuti cæterarum &c.* ea referenda vult non ad totam orationem, ſed ad priora tantum verba, *non alii quam domino*. Sed nihil hic ſpeciale, nec clauſula poſtrema, ſine manifeſta vi, ſic accipi poteſt. Eccur bonæ fidei, filiuſve poſſeſſor ædium ſervientium non minus cogetur reficere parietes, quam dominus. Quaſi vero ſoli domino ſit ius reficiendi, etiam alio poſſidente, nec poſſit nullus reficere qui de dominio rei, quam teneret, non eſt certus. Immo omne & prædo in refectione neceſſarias impenſas facit. Certe, *d. L.* 33. nihil omnino ad rem facit. Crucem denique ſibi ipſis hic DD. ſine ulla neceſſitate fixerunt. Neque enim dum actio competere adverſus dominum affirmatur, contra alium dari negatur. Immo verba *non alii* ad illa *adverſus dominum* trahi non poſſunt, ratione ſermonis nec ferente. Difficultas ea eſſet, quam ſinguot DD. ſi hæc verba haberentur: & *non adverſus alium quam dominum*. Nunc nulla eſt, nec leviſſima.

5) Item ſi quid nondum impedit metuitur ne impediat, Duar. *ad L.* 15. *de op. nunc. per eam L.* Sed ſi reus dicat ſe non impediturum non cogi ſuſcipere iudicium arg. *L. ult. de R. V.*

XIV. Cautio hoc continet, ut caveat adverſarius neque ſe, neque ſucceſſores ſuos in poſterum prohibituros, quominus actor ſervitute utatur, & quicumque futuri ſunt prædii domini. Eiuſmodi cautio nulla in rerum corporalium vindicatione ad rei petitæ reſtitutionem: quia in his res corpore reſtituta plene reſtituitur. In ſervitutibus nulla res eſt, quæ naturaliter poſſit reſtitui. Tantum reſtitutio in eo eſt, ut qui impediebat nos ſervitute uti, amplius non impediat. At qui hodie non impedit, nihil præſtat, quod ſit manſurum. Poteſt enim cras impedire, ne ſervitute utamur. Idcirco ad plenam reſtitutionem adverſus periculum futuri temporis ſubſidio comparata eſt hæc cautio, cuius metu prohibetur adverſarius, & ii, ad quos ea res pertinet, ne quid tentent in poſterum. Aut ſi quid contra facient, ut ſtatim teneantur in id, quod actoris intereſt, quod pro iuſta reſtitutione cedit.

XV. Sed & petitio & reſtitutio ſervitutis, quam dixi, cæteris ſervitutibus omnibus convenit. Una ſervitus oneris ferendi hoc plus habet, quam cæteræ, quod in hac non ſolum id agitur, ut vicinus onera noſtra ferat, id eſt, ne quid faciat, quominus tigna noſtra in parietem eius immittamus; ſed hoc amplius, ut parietem ipſum reficiat ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſt. *L. etſi, §. etiam, D. ſi ſervit. vind.* Cui petitioni neceſſe eſt & iuſſum iudicis de re ac cautione ſuperiore præſtanda convenire. Ideo & in hac actione res ipſa præſtari iuſſa hæc eſt, ut iubeat adverſarium iudex non ſolum non impedire tignorum immiſſionem, ſed etiam emendare vitium parietis, & idoneum præſtare. Cautio autem hæc, ut eum iubeat non ſolum de non impedienda ſervitute, ſed etiam de reficiendo pariete cavere. *d. L. harum, ſi ſerv. vind.* Hæc præſtari prius arbitratur & iubet iudex præfinito tempore, intra quod reus arbitrio eius pareat. Tum deinde ſequitur ſententia iudicis. Qua reus, ſi paret, abſolvitur. Si non paret, fit condemnatio actionum in rem propria, ut damnetur reus, quanti actor in litem iuraverit. *d. L. harum*, in fin. Sententia generalis in omnibus in rem actionibus adverſus eos, qui iuſſi reſtituere, dolo malo fecerunt, quominus parerent. *L. qui reſtituere*, in princ. & fin. *D. de rei vind. L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pign.*

XVI. De fructibus ſervitutis aut ſua etiam petitio eſt, aut petitione ipſa ſervitutis tacite continetur. Certe in confeſſoriam actionem, quæ de ſervitute movetur, etiam fructus venire certum eſt, ut & de his iudex pronuntiare debeat. Eſt autem fructus ſervitutis id, quod intereſt agentis ſervitute prohibitum non fuiſſe; ſeu commodum omne, quod conſecuturus eſſet, ſi prohibitus non eſſet: quo quia prohibitus eſt uti, caruit. *L. 4. §. 1. L. etſi, §. ultim. D. ſi ſervit. vind.* puta, ſi quis quia aquam ducere prohibitus eſſet, ſiccitatibus aliquid detrimenti cepiſſet. Veluti, ſi prata, arboreſve exaruiſſent. *L. is cuius*, in fin. *eod. tit.*

XVII. Eadem petitio & condemnatio eſt, non tantum ſi unus dominus ſit prædii, cui debetur ſervitus, ſed etiam ſi ex pluribus dominis fundi communis unus ſervitutem vindicet. Solum hoc intereſt, quod ſi uno agente condemnatio erit in æſtimationem ob rem non præſtitam, aut cautionem, aut fructus: ſolum in æſtimationem id quod intereſt veniet: proinde id quod eius intereſt, qui experietur, non ſociorum, tametſi de iure ipſo ſinguli experiantur, & victoria eius proſit aliis. *L. 4. §. ſi fundus, D. ſi ſervit. vind.* Ipſa enim ſervitus eiuſque reſtitutio diviſionem non recipit; at recipit pecunia, quæ in eo, quod intereſt, verſatur. *L. ſtipulationes non dividuntur, D. de verbor. obligat.* Non idem probandum eſt, ſi duorum fundus ſit, qui ſervit. Hoc convenit, quod ut unuſquiſque ex iis, quibus ſervitus debetur, in ſolidum agit: ita & adverſus unumquemque agi poteſt, prout is nos uti prohibebit. Nihil enim refert, qui nos impediat, ut ante diximus. *L. ſi quis diuturno*, in fin. *D. ſi ſerv. vind.* Congruit hoc quoque, ut quemadmodum unus ex pluribus in ſolidum experitur de ſervitute, & uni ei ſolida ſervitus reſtituenda eſt: ita & unus ex pluribus dominis fundi ſervientis ſolidam ſervitutem debeat reſtituere. *d. L. 4. §. ſi fundus, eod. tit.* Hoc diſcrepat, quod ſi unus ex pluribus condemnetur ob ſervitutem non reſtitutam, etiam hic in ſolidam æſtimationem damnabitur eius, quanti intereſt actoris, non pro parte ſua. *L. 2. §. ex his.* illic, *ſed quo caſu, D. de verbor. obligat.*

XVIII. Nec dubium, quin hoc ipſum Ulpianus ſentiat in *d. L. 4. §. si fundus*, qui unum dominorum prædii ſervientis, ab uno ex pluribus, qui ſervitutem vindicet, in hac ipſa æſtimationis condemnatione diſtinguit. Merito; quia, ut *ibidem* ſcribit, in æſtimationem hanc venit id, quod actoris intereſt. Intereſt autem in ſolidum eius, etiam ſi ab uno tantum pro-

prohibeatur. Aliter in ſervitute oneris ferendi, ſi adverſus unum dominum ſervientium ædium agatur, ut onera ſuſtineat, id eſt, ut parietem reficiat. Si non reficit, non condemnatur niſi pro parte ſua. *L. etsi, §. si ædes, D. si ſerv. vind.* Hoc ideo, quia hic reus non de ſervitute re indiviſa præſtanda, ſed de facto ſuo convenitur. Quo in genere non factum, ſed pecuniam præſtari oportet. Hæc autem diviſionem recipit, ut declaratur in *L. ſtipulationes non.* verſ. *Celſus, D. de verb. obl.* ubi & de toto hoc genere ſcripſi pluribus.

CAP, XVI.

De negatoria actione. Quæ & Qualis actio, & Cur ita dicta. Cui competat; Adverſus quos; Quid petat, & obtineat officio iudicis. Tum de aliis remediis quibuſdam partim ſervitutis, partim libertatis rerum noſtrarum tuendæ cauſſa proditis.

Negatoria actio quæ. I.
Prædii domino competit & quidem ſoli. II.
Sive poſſidenti ſive non poſſidenti. III.
Adverſus eum qui prædii noſtri libertatem inquietat. Et hic qualis. IV. XI.
Et quæ alia adverſus eumdem ſtatuta remedia. X. XII.
Petitionem habet. 1. *Ut declaratio libertatis prædii antecedat, eamque reſtitutio libertatis, & cautionis præſtatio ſequatur.* V. VI.
Cuiuſmodi cautio; & quale ei adiunctum iudicis officium. VII.
2. *Ut fructuum, & eius quod intereſt condemnatio præſtetur.* VIII.
Exſecutio huius actionis adverſus libertatis perturbatores, si copiam ſui non faciant, eſt miſſio in poſſeſſionem bonorum; & hæc quatenus. IX.

I. Negatoria [1] actio & ipſa in rem actio eſt, *d. L.* 2. *ſi ſerv. vind.* de ſervitute quidem, quatenus eam debere nos negemus, unde negatoria. Re autem vera de re noſtra, id eſt, libertate, quam hac actione nobis aſſeramus. Ex quo & in rem, ut initio dixi.

II. Competit ergo hæc actio omnibus, qui prædium ſuum ſervitutem debere negant; & quod idem eſt, qui prædium ſuum intendunt eſſe liberum. *L.* 4. *§. competit. D. ſi ſerv. vind.* Et quoniam nemo hoc intendere poteſt, niſi prædii dominus; ideo & hæc recte dicitur ſoli domino competere, ſicut & confeſſoria. *d. L.* 2. *§.* 1. *eod.* Ex quo & illud recte in eamdem ſententiam, actiones de ſervitutibus omnibus prædiorum eſſe eorum quorum ſunt prædia. *L.* 1. *eod.*

III. Hæc eadem & [2] poſſeſſori libertatis competit, ac non tantum ei, qui non eſt in poſſeſſione libertatis. Hoc de negatoria actione in uſufructu ſcriptum eſt in *L. pen. §. ult. D. ſi uſufr. pet.* Quapropter & ad negatoriam de ſervitutibus prædiorum transferendum eſt. Nam hæ comparatæ ſunt ad exemplum earum quæ ad uſumfructum pertinent. *L.* 2. in pr. *D. ſi ſer. vind.*

IV. Competit negatoria ut actio in rem adverſus omnem, qui libertatem prædii in quietando velut detinet. Is autem eſt, quiſquis in noſtro nobis invitis aliquid facit: quiſquis in noſtrum quid immittit, aut immiſſum habet: quibus rebus libertas rei noſtræ impeditur, & re onerata velut ſervitus imponitur. Quam nos debere negando recte hanc omnem patiendi neceſſitatem a nobis removemus. Definitio multis exemplis comprobata, quæ huc referri debent. *L. ſicut, §. Ariſto,* & quatuor *LL. ſeqq. L. si quando,* in princ. & *§. ult. D. si ſervit. vind.*

V. Petitio huius actionis eadem de liber-

1) Quæ contraria *L.* 8. *pr. h. t.* quia uti vindicatur ſervitus, ita contra vice verſa libertas. Duar. *ad L.* 15. *de op. no. nunc.* melius quam Ciſn. *in Interpret. d. L.* 15. quia ex contrario detur confeſſoria, ſicuti contraria actio, quæ opponitur directæ. Nam diſſimilitudo inter hæc: Illa datur contra eum qui agit vel agere potuit directa ex contractu. Hæc non eſt contra eum, qui agere potuit confeſſoria, ſed cui ſervitutis ius non eſt.

2) In controverſiis ſervitutum reus non æſtimatur ex poſſeſſione, ſicuti in controverſiis rerum corporalium, ſed ex ratione conveniendi, Cuiac. 9. *ad Afr in L.* 15. *de op. no. nunc.* Expedit autem quandoque agere poſſidenti, priuſquam adverſarius agat confeſſoria, ſi vereatur ne eum cœperit ex. g. ædificare, novum opus ſibi nuncietur & opus interruptum maneat, Duar. *ad d. L.* 15. vid. & P. Greg. 4. *Synt.* 22.

bertate prædii noſtri, quæ in confeſſoria actione de ſervitute. Continet igitur & ipſa duo capita: unum de libertate rei noſtræ, alterum de libertatis fructibus. De libertate duplex ſimiliter petitio, ac res totidem, quæ ex hac actione verſantur in officio iudicis. Primum petit actor, ut declarentur ædes ſuæ, exempli gratia, ab ea ſervitute, quæ imponitur, [3] liberæ. Quod & ipſum ante omnia iudicem pronuntiare oportet. Fit hoc in confeſſoria actione de ſervitute, quam noſtram eſſe intendimus. *d. L. ſicut, §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſerv. vind.* Ratio facit, ut & in petitione libertatis, quam ſimiliter intendimus noſtram eſſe, idem admitti oporteat. Altera petitio eſt, ut libertas reſtituatur.

VI. Conſtat autem hæc reſtitutio iiſdem illis rebus, quas in reſtitutione ſervitutis diximus: ut res præſtetur, & cautio. Res, id eſt, libertas. Quod ita fiet, ſi amplius non inquietetur actor in uſu libero rei ſuæ, & ſi quid ante poſitum immiſſumve eſt, ut tollatur. Et hoc quoque officium iudicis, ut id ipſum facere reum iubeat. *L. an unus, L. ſi cum meus, D. eod.*

VII. Cautio hæc eſt, quæ & ipſa officio iudicis continetur, ut ſublato eo, quo libertas rei noſtræ impediebatur, reus & de futuro opere caveat, neque ſe, neque ſucceſſores ſuos quidquam tale in poſterum facturos, quo libertas rei noſtræ inquietetur. *L. egi. D. eod.* Hæc eadem in negatoria actione prius arbitratur & iubet iudex præſtari. Si paret reus, abſolvitur. Si non paret, intelligere debemus eamdem hic condemnationem ſequi, quæ in confeſſoria actione traditur de iiſdem rebus in *d. L. harum. eod. tit.*

VIII. Alterum caput petitionis eſt de fructibus. Etiam in negatoriam actionem præcedentis temporis fructus veniunt. Eſt autem fructus id, quod actoris intereſt adverſarium non fuiſſe uſum ſervitute, puta itinere per fundum. *d. L. 4. §. 1. eod.* Poteſt autem interdum magno intereſſe actoris id factum non eſſe. Fingo emptorem, qui iam obtuliſſet certum pretium centum aureorum, ſi conſtaret fundum eſſe liberum, ideo non emiſſe, quia intelligeret vicinum ire agere per eum fundum, aut ſibi eam ſervitutem vindicare. Aut emiſſe quidem, ſed propter controverſiam vicini de ſervitute, venditorem coactum multo minoris vendere. Dicemus, quanto minoris propter id factum vicini actor vendiderit, tanti eius intereſſe, & vicinum in tantam pecuniam condemnandum.

IX. Utraque exſecutio ſuperior harum actionum eſt adverſus præſentes cum quibus iudicio agitur. Quod ſi qui ſint, qui cum prohibeant nos ſervitute, aut libertate noſtra uti, ſeu per ſe ſeu per alios, ſui poteſtatem non faciant, ne ſecum agi poſſit: eſt adverſus eos exſecutio ea, quæ in controverſiis rerum corporalium, ut prætor cauſſa cognita mittat actorem in poſſeſſionem bonorum adverſarii ea lege, ne ante inde diſcedat, quam is actori eadem illa præſtiterit, quæ ad reſtitutionem ſervitutis, aut libertatis pertinere diximus. Hoc in *L. is cuius. D. eod.* Idem & in rebus corporalibus adverſus latitantes ſervatur. *L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poſ. L. item ait, §. hæc autem, D. ex quib. cau. maior.*

X. Et ſunt hæ actiones propriæ ſervitutum. Remedia propria tuendæ ſervitutis, aut libertatis prædiorum cauſſa prodita. Quædam ſunt remedia communia, quibus ut in rebus aliis, ſic & in ſervitutibus uti licet, prout res quæque inciderit. Servitutis noſtræ tuendæ cauſſa hæc. Poteſt impediri ſervitus opere facto, ſi vicinus puta in loco ſerviente ædificet adverſus impoſitam ſervitutem. Hic illa remedia adhiberi poſſunt, quæ ſunt prodita adverſus ea opera, quæ fieri non debent. Adverſus futurum quidem, ideſt, quod inchoatum eſt, nondum factum, operis novi nuntiatio, ne fiat. Adverſus id autem, quod iam factum ſit, interdictum quod vi aut clam, ut reſtituatur. Valent maxime hæc remedia adverſus ea, quæ fiunt in ſolo noſtro, aut ad ius noſtrum pertinente. *L. 1. §. primo, D. de op. nov. nunt.* Sed locum habent & de eo, quod fit in alieno, in quo tamen nobis ſervitus debetur. *L. etſi, §. 1. §. ultim. D. ſi ſervit. vind. L. de pupillo, §. & belle, D. de op. nov. nunt.* Sed & de ſervitutibus quibuſdam ruſticis interdicta quædam poſſeſſoria ſunt conſtituta, *L. ultim. D. de ſervit.* ut de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æſtiva. De quibus proprii Tituli in Pandectis.

XI. Libertatis autem prædii noſtri tuen-

3) At cuius hic erit probare? Duar. *ad d. L. 15.* probandum ſic agenti dominium, quo probato, libertas quoque, eo ipſo quod non apparet, conſtituta ſervitus. Quod vulgo extendunt, etſi in quaſi poſſeſſione ſervitutis ſit reus conventus. Alii tamen hoc caſu probationem domino iniungunt. Menoch. 3. *Praeſ.* 89. *n.* 8. Fachin. 11. *Contr.* 56. A. Fab. *in Cod. Fabr. h. t. Defin.* 8. Ciſnerius vero *in Interp. L. 15. de op. no. nunc.* indiſtincte probandum eſſe negatoria experienti pluribus contendit.

dæ cauſſa eadem remedia erunt, ſi quis ædificet in ſuo, quo luminibus noſtris officiat contra formam & ſtatum antiquorum ædificiorum.

XII. In univerſum autem adverſus eum, qui nos prohibeat, quomodo velimus noſtro uti, præter actionem negatoriam placet etiam locum habere interdictum uti poſſidetis. *L. ſicut, §. Ariſto, D. ſi ſerv. vind.*

CAP. XVII.

Quibus modis ſervitutes amittantur. Amitti autem omnes tam urbanorum, quam ruſticorum prædiorum pariter his modis: Soluto iure conſtituentis; Lege & pacto ſervitutis conſtitutæ; Confuſione dominii utriuſque prædii; Remiſſione eius, ad quem ſervitus pertinet.

Tranſitio. I.
Amittuntur ſervitutes iuſtis de cauſſis. Cauſſarum genera duo & quæ. II.
Antiquior amiſſione cauſſa duplex: ea vel ex iure auctoris, vel ex pacto conſtitutæ ſervitutis naſcitur. III.
Ex priore genere eſt ſervitus pendente legati conditione ab herede conſtituta; & quomodo. IV.
Ex poſteriore ſervitus conſtituta ad certam diem aut conditionem, utilis iure prætorio. V.
Nova amiſſionis cauſſa quid; ea triplex, & quæ. VI.
Confuſio ſervitutis quæ: ea, ubi eſt plena, perimit ſervitutem. VII.
Secus, ubi non totius prædii, ſive unius, ſive plurium fiat confuſio; & quare. VIII. IX.
Exceptio. X.
Remiſſio ſervitutis quæ; & quomodo iuſta cauſſa amittendæ ſervitutis. XI.
Unde illa dignoſcenda. XII.
Inutilis interdum, & quomodo. XIII.

I. Servitutes prædiorum, ut prædia quibus inhærent, ſic & ipſæ natura ſua ut plurimum ſunt perpetuæ. Ac dum conſiſtunt, tandiu & ſuperiora iura, & his adiuncta illa remedia habent, quæ dixi. Sed & ipſæ ſuis quibuſdam modis amittuntur. Quibus amiſſis una cum his & cætera, quæ erant ſervitutis, intereunt.

II. Amittuntur autem, ut ſunt iuſtæ amittendi cauſſæ. Earum cauſſarum genera duo. Quædam amiſſione antiquiores ſunt, & iam inde ab initio conſtitutionis natæ; quædam novæ & præſentes.

III. Antiquior amiſſione cauſſa duplex, utraque fere cum uſufructu communis. Naſcitur enim aut ex iure vetere auctoris, aut ex lege & pacto ſervitutis conſtitutæ.

IV. Ex iure auctoris, cauſſa etiam conſtitutionem ſervitutis antecedente, ſervitus amittitur, cum prædio, quod ſub conditione legatum erat, heres pendente conditione ſervitutem impoſuit. Hoc quidem facere potuit iure. Pendente enim conditione dominus eſt, eoque & quidquid interim de re ſtatuerit, aut alienando, aut rem onerando, tantiſper ratum eſt. *L. & poſt, §. 1. D. fam. erc.* Sed ſi legati conditio exſtiterit, ut iam res legata ab eo diſcedens ad legatarium tranſeat: fit, ut ſoluto iure heredis, etiam quod ante alienationem fuit, finiatur ſervitus ab eo conſtituta, quaſi retroverſus, nec dominus fuerit, qui conſtituit. *L. ſi fundum a teſtatore, D. de cond. & dem. L. is cui, §. ult. D. quem. ſer. amit.* Idem & in uſufructu interim conſtituto ſervari ſuo loco diximus. *L. ſi ſub conditione, D. quib. mod. uſ. am.* Si tamen pendente conditione huius legati idem heres ſervitutem prædio acquiſierit, placet conditione legati exſiſtente ſervitutem durare, & ſequi legatarium, *d. L. is cui*, in fi. *quem. ſer. amit.* Atqui non magis ſervitutem acquirere poteſt prædio, qui dominus non eſt, quam imponere. *L. ſi quis duas*, in pr. *D. com. præd.* Sed ne hic quidem acquirit alius, quam prædii dominus, uti nec imponit, pendente enim conditione heredem prædii dominum eſſe diximus. Verum ideo imponere non potuit eam, quæ duraret; quia iſto modo noceret legatario. Acquirere ideo potuit, quæ maneret, quia hoc facto illi prodeſt. Meliorem quiſque alterius conditionem facere poteſt ignorantis & inviti: deteriorem non poteſt. *L. ſolvendo, D. de neg. geſt.*

V. Lege & pacto ſervitutis conſtitutæ finitur ſervitus, cum ea ad diem, aut certam conditionem conſtituta eſt, & dies venit, aut conditio exſtitit. Etſi enim fruſtra hæc adiiciuntur ipſo iure: valent tamen iure prætorio, defenduntur que propter

pter conventionem ope exceptionis, ut in conſtitutione ſervitutis oſtendimus. *L. 4. D. de ſerv.*

VI. Nova & præſens cauſſa ſervitutis amittendæ eſt, quæ ex poſt facto ſecuta eſt conſtitutionem, & cum primum oritur, præſentem ſecum amiſſionem habet. Ea aut a caſu eſt, aut ab eius, cui ſervitus debetur, facto. Caſu, confuſione. Facto domini dupliciter, aut eius voluntaria remiſſione, aut intermiſſione utendi, ſeu non utendo. Ut ſi hæ cauſſæ in unum conferantur, efficiantur numero tres, quibus ex re poſtea nata ſervitus amittatur; confuſio ſervitutis, eius remiſſio, intermiſſus ſervitutis uſus.

VII. Confunditur, & hac confuſione tollitur ſervitus etiam invitis dominis, cum idem utriuſque prædii & dominantis & ſervientis dominus eſſe cœperit. *L. 1. D. quem. ſerv. am.* Veluti, ſi quis ædes, quæ ſuis ædibus ſervirent, emerit. Quæ res facit, ut ſi rurſus eas vendat, nominatim imponenda ſit ſervitus, ſi quidem deberi velit, alioqui liberæ veneunt. *L. si quis ædes*, in pr. *D. de ſerv. urb. præd.* Amittendi ratio ex natura ſervitutis. Nam ſi cum idem utriuſque prædii dominus factus eſt, manet adhuc ſervitus; eventurum eſt, ut res ſua domino ſerviat. Natura autem ſervitutis ea eſt, ut nulli poſſit res ſua ſervire. *L. in re communi, D. de ſerv. urb. præd. L. quidquid, D. com. præd.* Sic tamen prædiis ambobus in eamdem perſonam coniunctis confunditur ſervitus, ſi prædio ſerviente quæſito ei, cui ſervitus debebatur, ſervitus per unum prædium debita fuerit, & id prædium totum illi ſit quæſitum. Horum ſi quid deeſt, quia manet alienum aliquid in quo conſiſtat ſervitus, ideo & ſervitus tota retinetur, quantunvis idem utriuſque prædii dominus eſſe cœperit.

VIII. Duo ſunt igitur caſus, quibus in hoc prædiorum in unam perſonam concurſu, nihilominus retinetur ſervitus. Unus eſt, cum ea debetur per plurium prædia, & is cui debetur, unum ex his, non omnia acquiſivit. Quodcumque id erit, ſive inferius, ſive ſuperius: ſervitus per omnia ea prædia retinetur: id eſt, etiam in eo, quod acquiſitum eſt: ut ſi is, qui acquiſierat, aut iterum id vendat, aut vendat ſuum illud vetus, cui ſervitus debebatur, utroque caſu ſervitus prædium ſequatur, non quaſi nunc conſtituta (volumus enim nihil nunc novi factum eſſe) ſed quaſi prius non amiſſa. *L. ſi cum ſervitus, D. quem. ſervit. amitt. L. tria, D. com. præd.* Hoc ideo, quia una eſt ſervitus, una via, quæ per plures fundos debetur. Eo fit, ut non poſſit amitti, niſi per omnes ſimul amiſſa fuerit. Quod ſi non poteſt, neceſſe eſt vel uno, aut parte eius manente totam ſervitutem retineri. Ulpiani ratio in *L. una eſt, D. de ſer. ruſt. præd.* Iavoleni hæc in *d. L. ſi cum ſervitus*, quia toties, inquit, ſervitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertinear, non poteſt. Medio autem fundo acquiſito poteſt conſiſtere, ut per primum & ultimum iter debeatur.

IX. Alter caſus eſt, ſi debeatur quidem ſervitus alicui per unum prædium, ſed is partem tantum eius prædii acquiſierit, non totum prædium. Si quis partem prædii tantum nactus ſit, ſive id acquirenti, ſive id prædio quæſito ſerviat, non confundi ſervitutem placet; quia [1] per partes ſervitus retinetur. *L. ſi quis ædes, §. 1. de ſerv. urb. præd. L. ut pomum, §. 1. D. de ſervit.* uſque adeo, ut quanvis inter duos, quorum unius prædia alterius prædiis ſerviant, ea prædia dominorum conſenſu communicata ſint; tamen maneat ſervitus. *d. L. ſi quis ædes, §. 1.* Neque hoc quiſquam adverſari putet, quod ab initio per partes ſervitus acquiri non potuit, ut & ſignificatur in *d. L. ut pomum, §. 1. de ſerv.* Nam vel hoc ipſo argumento efficitur potius, ſervitutem per partes dominii retineri, exigente id natura & lege amiſſionis cuiuſque. Ea eſt enim ex regula iuris, ut ne amittatur quidquam, niſi eodem modo, quo conſtitutum eſt, rebus in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Ut ergo ab initio non poteſt ſervitus conſtitui, niſi toti prædio vel imponatur, vel acquiratur: ita ſemel recte conſtituta non poteſt ex eadem regula amitti, niſi a toto prædio recedat. Quod ſi in toto non amittitur, ubi totum prædium quæſitum non eſt; neceſſe eſt [2] per eam partem, quæ reſtat, totam retineri. X.

1) Si iam conſtituta ſit, & ſemel fundo inhæſerit. Secus eſt in promiſſa. Nam quæ utilis ab initio ſtipulatio, parte alienata evaneſcit *L. 11. de ſerv.* Cuiac. 6. *ad Afr. ad L. 32. R. P.*

2) Per partes retinetur diviſo prædio ſervitus tota ac in ſolidum, *L. 18. R. P.* non vero pars ſervitutis. P. Fab. *ad L. 110. de R. I. p.* 483. Vital. 2. *Var. Lect.* 3. Weſ. *in Par. de Ser. n. 9. cir. fin.* Non pars ſervitutis, inquit, quæ individua, retinetur; ſed in parte fundi tota ſervitus. Eſt enim tota in toto & in qualibet parte tota. *L. 9. de ſerv. L. 23. §. 2. R. P.* de quo & Cæpolla *de Serv. ruſt. Cap. 4. n. 13.* licet id barbare tradi ſcribat Io. Superior *ad L. via 17. de ſerv. n. 3.* Dicitur quidem pro parte retineri *d. L. 30. §. 1. V. P. L. 34. R. P.* ſcilicet fundi, non ſervitutis. Eſt tamen & aliis ſæpe alia conſtitutionis, alia conſervationis ratio, de quo vid. Gœd. *ad L. 85. de V. S. n. 2.* Confer. Gomez. 2. *Reſol. 10. n. 15.*

Digitized by Google

X. Una hic exceptio eſt de ſententia Iuliani. Nam ſi ſervitus prius debeatur duobus, non tamen ſingulorum prædiis, ſed uni prædio duorum communi, & hi prædium ſerviens in commune redemerint; putat Iulianus ſervitutem exſtingui: quæ tamen maneret, ſi proprio meo, & proprio tuo idem ſerviret, & id in commune redimeremus. *L. ſi communi, D. de ſervit. ruſtic. præd.* Sententia parum expoſitæ rationis. Quam tamen probabiliter reddi poſſe hanc exiſtimo, ut ſervitus hoc caſu per partes non retineatur, quia cum iam prædium dominans inter duos commune eſt, & hi alterum ſerviens ſimiliter in commune redimunt: facere videntur, ut uniuſcuiuſque pars, quæ eſt in prædio ſerviente, videatur ſervire parti ſuæ, quam habent in prædio dominante, dum uterque id agit, ne in ea redemptione alteri ſocio noceat, ſed par ſit cauſſa & utilitas utriuſque. Sic enim fit, quod Iulianus pro ratione adfert in *d. L. ſi communi, de ſerv. ruſt. præd.* ut hoc modo par utriuſque domini ius in utroque fundo eſſe incipiat. Par ideo, quia uniuſcuiuſque parti ſui prædii pars ex æquo ſerviat. At hoc iam fieri non poteſt, ut res ſua cuiquam ſerviat. *d.* [3] *L. in re communi, de ſervit. urb. præd.*

XI. Remiſſione amittitur ſervitus, ut quiſque cui ſervitus debetur hanc domino prædii ſervientis voluntate remiſit. Uſque adeo, ut etiam iter ad ſepulcrum hoc modo recte amittatur. *L. ad certam, L. ſervitutes prædiorum, §. 1. D. de ſervit.* Atqui ſervitus nuda voluntate inter vivos non conſtituitur, ſed & conſtitutio traditionem deſiderat. *L. quoties, ult. D. de ſerv.* Qui poteſt igitur, quæ nuda voluntate non conſtituitur, nuda voluntate diſſolvi contra regulam iuris, quæ dictat unumquodque iiſdem modis diſſolvi, quibus colligatum eſt? *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Sed nihil ne hoc quidem adverſus regulam iuris. Quin & hic ſervitus eodem modo amittitur, quo & quæſita eſt: voluntate nimirum domini, & poſſeſſionis omiſſione, uti voluntate eius, & poſſeſſionis traditione quæſita fuerat. De voluntate eius conſtat ex remiſſione. Qui ſervitutem remittendi animo habere noluit, ſimul eius poſſeſſionem omiſit. Animo enim ſolo amittitur poſſeſſio. *L. 3. §. in amittenda, D. de acquir. poſſ.* Poſſeſſione ſervitutis amiſſa ab eo, qui hoc animo fuit, ne ſervitutem etiam haberet, ipſa ſervitus amittitur, vel exigente ſuperiore regula iuris: ſi modo ſervitutem retro tradere voluit, & velut in eum, qui debuit, transferre. Quod fit ſervitutem remittendo, dum hac remiſſione libertas velut reſtituitur vicino. Sed quod fit in conſtituenda ſervitute, hoc idem & in remittenda ſervatur, ut quemadmodum ab initio per partes indiviſas conſtitui non poteſt, ſic nec poſſit remitti. Niſi forte ad certam partem fundi remittatur. Nam & ab initio ad certam partem, id eſt, diviſam poteſt conſtitui. Quoniam hæc non eſt pars fundi, ſed fundus. *L. ad certam, D. de ſervit. L. ſi quis duas, §. 1. D. com. præd.*

XII. Remiſiſſe ſervitutem intelligitur non ſolum, qui verbis aperte remiſit: ſed etiam qui re aliqua & facto id ipſum ſe velle declaravit. Quod is feciſſe exiſtimatur, qui conceſſit in loco ſerviente id facere, quo facto uſus ſervitutis impediatur: puta in ea area, quæ ſtillicidium meum recipiat, ædificare; in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere. Unde hac permiſſione & ſtillicidium, & viam continuo amitti placet. *L. ſi ſtillicidii, D. quem. ſer. amit.* Hoc tamen ita, dum non precario conceſſum ſit, ſed donationis cauſſa, aut pretio, ut animum remittendi fuiſſe appareat. *L. pen. D. com. præd.*

XIII. Interdum tamen remiſſio nihil agit, quaſi fuerit ſub conditione tacita, quæ conditio non exſtiterit. Quod accidit in hac ſpecie. Nam ſi ab eodem prædio duæ ſervitutes uni debebantur, puta ab ædibus altius non tollendi, & ſtillicidii recipiendi; a fundo via, & uſusfructus; quamvis is unam ex his remiſerit donationis cauſſa; placet tamen ſic hanc amitti, si sine interitu alterius licet uti conceſſo: si non licet, neutram remiſſam videri. Quod exemplis declaratur in *L.* [4] *ſi domus, D. de ſerv. urb. præd. L. ſi mihi eodem,* in princ. *D. de ſerv. ruſt. præd.* Et recte. Unam enim tantum remiſſam apparet hoc animo, & velut tacita conditione, ut altera retineatur. Quare ſi hæc ſine altera remiſſa retineri non poteſt, eveniet, ut tanquam deficiente remiſſionis conditione, neutra ſervitus remiſſa videatur; denique ut qui unam remiſit, eam habeat, quam non remiſit, quæ ſine altera haberi non poteſt.

CAP.

3) Obſt. tamen *d. L.* 27. *L.* 34. *eod. t.* Reſp. Pac. 3. Q. 59. diſt. Aut fundus ſerviens eodem tempore acquiritur utrique & ſervitus exſtinguitur *d. L.* 27. quia uterque quaſi pro una perſona. Aut pertinet ad unum ex dominis prædii dominantis, qui deinde eum communicat cum ſocio, ac non perit, *d. L.* 34. Quod non probat Io. Superior *in L.* 2. *de ſervit. n.* 7.

4) Cui non obſtat *L.* 8. *pr. h. t.* vid. Pac. 7. Q. 88.

C A P. XVIII.

Etiam non utendo amitti ſervitutes prædiorum: ſed aliter ruſticorum; aliter urbanorum: Et quid hic proprium generis utriuſque. Nec pluribus modis, quam ſuperioribus ſervitutes prædiorum amitti.

Etiam non uſus *eſt amittendae ſervitutis cauſſa*. I.
Sed hic tamen aliqua deſiderat cum in ſervitutibus urbanis, tum ruſticis. II.
In ruſticis 1. *ut nemo, ſive dominus praedii, cui debetur, ſive qui alius eſt in poſſeſſione uſus fuerit conſtituta ſervitute*. III.
Qui non utuntur, hi ſunt in triplici genere, & qui. IV.
Quicumque tamen ſive dominus ſive alius utatur, ſervitutem utendo retinet. V. VII.
Modus utendi duplex, & qui ille. VI.
Sive tota ſervitute, ſive parte ſervitutis utatur, quod quale ſit exponitur. VIII. IX.
Interpretatio L. 6. *verſic.* ſed si fundus. D. quemad. ſervit. amit. X. XI. XII.
Cum plures domini utuntur unius praedii ſervitute; an ſinguli amittant non utendo, etiam aliis utentibus; & quid si ſervitute, quae communi praedio debetur, quidam non utantur. XIII.
2. *Ut nemo uſus fuerit ſervitute, decem aut viginti annorum ſpatio, si illud continuum*. XIV.
Secus, duplo, aut triplo longiore tempore & quomodo. XV. XVII. XVIII.
Continuum tempus cur idem, ac quotidianum; utrumque, triplex, & quale unumquodque. XVI.
Annua intervalla plurium diverſo tempore non utentium, in legitimo non uſus ſpatio computantur. XIX.
Quocunque modo non uſus aliquis fuerit, sive culpa, ſeu caſu, ſervitutem amittit; & tamen ei qui caſu amisit a lege ſubvenitur, & quomodo. XX.
Exceptio. XXI.
In urbanis praediis praeter non uſum legitimi temporis requiritur in amiſſione ſervitutis etiam libertatis aedium uſucapio. XXII.
Uſucapio libertatis aedium quot partibus contineatur. XXIII.
Haec cur in urbanis neceſſaria, non item in ruſticis. XXIV.
Praediorum ſervitutes tribus tantum ſuperioribus modis amittuntur. Et quare ſecus in uſufructu. XXV.

I. ETiam non [1] utendo ſervitutes amittuntur tam urbanorum, quam ruſticorum prædiorum. *L. hæc autem, D. de ſerv. urb. præd.* Sed hoc modo hæ non ſimiliter.

II. Sunt enim quædam, quæ ad hanc intermiſſionem utendi accedere oporteat: ex quibus pauciora in ruſticis prædiis obſerventur, plura in urbanis. Atque hæc ſunt in ſumma. In ſervitutibus ruſticorum prædiorum duo. Sunt autem hæc: ut nemo ſervitute conſtituta ſit uſus; tum ut ne uſus per totum conſtitutum tempus. In urbanis præter hæc duo adiicitur tertium, ut is, qui ſervitutem debet, vicino non utente, ſimul & ipſe per idem tempus libertatem ædium ſuarum uſuceperit. Quæ ſingula qualia ſint, conſideremus.

III. Primum illud exigitur in commune ad hanc amiſſionem in ſervitutibus omnibus, ut conſtituta ſervitute uſus ſit nemo, id eſt, neque is, cui ſervitus debetur, neque is, qui ſit in poſſeſſione prædii dominantis. *L. uſu. D. quemad. ſerv. amit.*

IV. Eorum, qui ſervitute non uti intelligantur, genera tria ſunt. Qui ſi omnes probantur in ea cauſſa eſſe, ut per ſingulos ſervitus amittatur: ſatis argumenti erit veram eſſe ſuperiorem ſive conditionem, ſive definitionem; & ſimul quid contineat, intelligetur. Primum genus eſt eorum, qui omnino ſerviente loco non utuntur: quod dubitationem non habet. Secundum eorum, qui utuntur quidem loco ſerviente; ſed non ita, ut tanquam ſervitute utantur: & breviter, qui non ut ſuo iure, non iure ſervitutis utantur. Veluti ſi utantur via quidem, ſed ut publica. *L. ult. quem. ſer. amit.* aut utantur ut privata, at non iure

1) De qua vid. Cæpolla *de Serv. urb. C.* 24. Vital. 2. *Var. Lect.* 11. Prohibita alienatione, etiam hæc amiſſio ut in ſervitute fundo dotali debita *L.* 5. *&* 6. *de fun. do.* vid. Cuiac. 11. *Obſerv.* 28.

Digitized by Google

iure ſervitutis: ſed quia pro tempore cogebantur per fundum vicini tranſire, puta vel propter incommoditatem rivi; vel quia via publica interrupta erat. *L.* 1. §. *Vivianus*, *D. de iti. act. pri.* Tertium eorum, qui & loco ſerviente utuntur, & utuntur iure ſervitutis: ſed non utuntur ſervitute conſtituta. Quod contingit ei, cui ſervitus ad certum modum conſtituta eſt, & alio modo per omnia utitur. Veluti, ſi cui aquæductus ceſſus ſit, ut certis horis & temporibus aquamduceret, & aliis duxerit: Si via conceſſa, ut certo genere vehiculi uteretur, & alio ſit uſus; Si conceſſum, ut certam aquamduceret, & aliam duxerit. Et ideo his omnibus modis placet, ſi cætera concurrant, ſervitutem amitti non utendo. Scilicet quia uſus quis ſit, ſed non conſtituta ſervitute. *L. ſi communem*, §. 1. *L. is cui.* ſeq. *L. ſi quis alia*, in princ. *D. quem. ſervit. amit.* Non eſt in eadem cauſa, qui fecit quidem id, quod licuit; ſed fecit amplius aliquid: ſicuti ſi latiore via ſit uſus, aut plura iumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiſcuerit aliam. *d. L. is cui. eod.*

V. Sed quemadmodum in uſu perſonæ hoc exigimus ad amiſſionem ſervitutis, ut nemo ſervitute ſit uſus: ita in eo ad hanc amiſſionem ſciamus nihil amplius requiri. Hoc eo pertinet, ut si quis omnino uſus ſit ſervitute, quiſquis is ſit, & quacumque in parte uſus fuerit, intelligamus ſervitutem non deperire: quia non id evenerit in hac parte, quod lex coercet.

VI. Utitur ſervitute non is tantum, qui uſum ſervitutis ſemel cœptum facto ſuo repetit: ſed etiam qui ad uſum ſervitutis id poſitum habet, in quo eius poſſeſſio verſatur. Ut in ſervitutibus urbanis ſi quis tignum immiſſum, aut ad ſervitutem luminum ædes ſuas altius ſublatas habeat. Ideo hoc poſito velut uſu ſervitus in hoc genere retinetur. Et hoc eſt, quod Paulus ait, ſervitutes, quæ in ſuperficie conſiſtunt, ideſt, in ædibus, poſſeſſione retineri. *L. ſervitutes*, in pr. *D. de ſerv. urb. præd.*

VII. Quis utroque modo ſervitute utatur, ad retinendam uſu ſervitutem nihil intereſt: puta iſne, cui debetur ſervitus, an alius. De eo, cui ſervitus debetur, non eſt dubium: dum modo prius hoc conſtet eum uſum eſſe. Is videtur uti, ſive utatur ipſe, ſive alius eius nomine: ut mercenarius, amicus, hoſpes, medicus etiam, quive ad viſitandum dominum venit. *L. uſu*, *quem. ſer. amit. L. non utitur*, *D. de uſufr.* De alio dubitari poteſt, qui dominus non ſit, nec domini nomine utatur. Sed tamen & de alio quovis ita placet, ut ſi quis, quia eſt in poſſeſſione fundi dominantis, prædii ſervitute utatur, etiam eius uſu non minus ſervitus retineatur: quo in numero ſunt ſocius, fructuarius, bonæ & malæ fidei poſſeſſor. *d. L. uſu*, & quatuor ſeqq. *L.* 5. *quem. ſerv. amit.* At iſti non utuntur nomine eius, qui prædii dominus eſt, cui eidem debetur ſervitus. Sed utuntur nomine prædii, ſeu ut debita prædio ſervitute. Hoc vero ſufficit. Eſt enim ſervitus prædii, non perſonæ. *L.* 6. in pr. *L. denique* 22. *D. eod.* Ita ſemper verum eſt, his utentibus eſſe aliquem, qui debita ſervitute utatur.

VIII. Atque ut in perſonis utentium nihil intereſt, quis ſervitute utatur, ut dici poſſit aliquem eſſe uſum, nec amiſſioni ſervitutis ex hac cauſſa locum eſſe: ita nec illud refert in ſervitutis uſu, quatenus quis utatur. Et qui in partem aliquam ſervitute utitur, totam uſu retinet. Partem nunc voco, non proprie partem ſervitutis, quæ diviſionem non recipit. *L.* 1. §. *ſi uſusfructus*, *D. ad leg. Fal. L.* 4. §. *ſi fundus*, *D. ſi ſerv. vind. L. ſtipulationes non*, in pr. *D. de verb. obl.* ſed aut ſpeciem, quam genus ſervitutis conſtitutæ continet, aut partem loci, ſeu locorum ſervientium, in qua quis ſervitute ſit uſus. Si quis ſpecie una aliqua ſervitutis conſtitutæ ſit uſus, totum genus retinet. Ut ſi quis via aut actu conſtituto, uſus ſit tantum itinere. Quinimmo etſi cui ſeparatim legata ſint iter & actus, ſi vel itinere tantum ſit uſus, placet eum nihilominus actum retinere. *L.* 2. *D. quem. ſer. am.* quaſi uſus ſit videlicet ea ſpecie itineris, quæ actu tacite continetur, quanvis nominatim non ſit legata. *L.* 1. *de ſerv. ruſt. præd.*

IX. Idem iuris eſt, ſi quis in parte aliqua loci, locorumve ſervientium ſervitute, quæ per omnia una erat, uſus ſit. Hinc placet, ſi per plurium prædia via mihi debeatur, & per unum tantum prædium iero, nihilominus & in hac & in cæteris quibus uſus non ſum, totam ſervitutem retineri: quia una ſit via, quæ uni fundo meo debetur, etſi per plures fundos imponatur. Eo fieri, ut in uno retenta retineatur tota, nec prius amittatur, quam in omnibus amiſſa fuerit, dum pariter non utor omnibus. *L. una eſt*, *D. de ſervit. ruſtic. præd.*

X. Qua ratione eveniet, quod Celſus ſcripſit paulo obſcurius, vere tamen, & ſi ad ſuperiorem rationem refertur, certo & non obſcure, ut si via mihi debeatur

per

per unius fundum, & is fundum diviſerit in duas partes, ut ſic duos fundos ſervientes faceret (nam pars diviſa non amplius pars eſt fundi, ſed fundus. *L. ſi quis duas, §. 1. com. præd.*) tum una in parte ſervitute utendo, in utraque ſervitutem totam retineam: ſive per longitudinem viæ diviſus ſit fundus, ſive per viæ latitudinem. Si quidem, inquit, certo loco viæ conſtituto, fundus per *longitudinem eius diviſus ſit, eadem omnia ſervanda erunt, quæ ſervanda eſſent, ſi initio conſtituendæ eius ſervitutis ſimiliter hic duo fundi fuiſſent*. Hoc ille in *L.* [1] *nam ſatis, 6. verſ. ſed ſi is fundus, D. quem. ſervit. amit.* Quid autem ſervaretur duobus fundis initio poſitis, per quos via ad meum fundum deberetur? Nempe ſatis eſſet vel per unum ire, ut ſervitus retineretur tota etiam per alterum. Quapropter hoc ſentit & in his duabus partibus, id eſt, fundis poſtea factis, idem ſervandum. Id ſentire eum diviſio, quam dicit, declarat. Dicitur enim fundus dividi per longitudinem viæ, cum ipſa longitudo viæ ſecatur, & per hanc ſectionem fundus ita, ut in ſingulis partibus diviſis via maneat longitudine priſtina brevior, at eadem latitudine, quæ ab initio fuerat: uti fieret videlicet ab initio, cum diviſis illis fundis per utrumque ex æquo eadem via imponeretur. *Si vero*, inquit, *per latitudinem viæ fundus* ſerviens a domino *diviſus eſt* (*nec multum refert, æqualiter id factum eſt, an inæqualiter*) *tunc manet idem ius ſervitutis, quod, fundo indiviſo, fuerat. Nec aut uſu detineri, aut non utendo deperire, niſi tota via poterit*. Hoc ille continenter in *d. L. 6.* verſic. *ſi vero per latitudinem*.

XI. Id vero obſcurius. Incertum enim prima fronte ex verbis, utrum hoc dicat, dum per unam ex his partibus ſervitute ſim uſus, totam etiam per alteram partem retineri, ut fieret, fundo indiviſo, ſi quis per unam partem ſervientis fundi iviſſet: an vero contra velit in utraque parte ſervitutem non aliter retineri, quam ſi quis per utramque ſit uſus, quaſi utraque pars ſuam viam diviſam ab alterius partis via habuerit. Quod adverſativa, *ſi vero*, ſignificare videtur, quæ connectit diſſimiles cauſſas. Idque etiam diviſio ipſa, quam nominat, ſuadere videatur. Dicitur enim fundus dividi per latitudinem viæ, cum ipſa latitudo & ſuperficies viæ ab initio ad imum dividitur, ac per hanc diviſionem fundus ita, ut utraque pars fundi partem viæ ſibi adiunctam habeat latitudine diviſa anguſtiorem factam, at manente eadem longitudine, quæ prius fuerat. Quod cum ſit, iam videri poteſt uterque is fundus ſuam ſervitutem ſibi adiunctam habere; ſimiliter ut fieret, in uno fundo indiviſo, quo proinde ſi quis uteretur, ſervitutem in eo retineret, ſi non uteretur, & in eo amitteret.

XII. Sed quid ſentiat Celſus, verba ſuperiora & ſequentia evidenter declarant. Ait enim fundo per latitudinem ita diviſo, ut dixi, manere idem ius ſervitutis, quod fundo indiviſo, fuerat. At, fundo indiviſo, per omnem partem loci ſervientis una fuit via, non duæ. Una ergo & poſt ſuperiorem diviſionem in utraque parte diviſa. Id apertius exprimit poſtea. Quoniam, inquit, unum atque eo modo individuum viæ ius eſt. Significans, quæ via utrique parti diviſæ adiuncta eſt, non ideo duplicem viam eſſe, ſed unam, ut prius, cuius etiam unum & idem ius ſit, quod prius fuerat. At, fundo adhuc manente indiviſo, ſi quis per unam partem loci, in quo via debetur, eat; is totius loci ius & ſervitutem retinebit. Ergo & qui fundo ita diviſo, ut proponitur, ſi per unam partem ierit, etiam per alteram ius ſervitutis, quod unum & indiviſum eſt, retinebit. Atqui ne dubitaremus hoc eum ſentire, id etiam bis expreſſit. Primum verbis generalibus, cum definit viam hanc, quæ in utraque parte diviſa eſſe cœpit, nec uſu detineri, nec non utendo deperire, niſi totam poſſe. Quo ſignificatur, ſi una parte ſim uſus, totam viam, ac proinde in utraque parte (quoniam una eſt in utraque) eo uſu retineri: & contra tunc ſolum deperire totam, cum neutra parte ſimul ſim uſus. Deinde exemplo manifeſto dilucide hoc explicat. Nam ſi forte, inquit, inciderit, id eſt, ita acciderit, ut per unam partem ex his diviſis non ſit plena via relicta, ſed ex diviſione viæ ſemita tantum, per alteram autem ſit tantum loci, quantum viæ ſufficiat, & quis ſemita illa, quæ per alterum dumtaxat fundum erat, uteretur, non idcirco tamen alter fundus liberabitur. Quod plane nihil aliud eſt, quam ſervitutem etiam in altero fundo totam retineri, nec non utendo ea parte interire. Unde ratio ſequens; quoniam, inquit, unum, atque eo modo individuum viæ ius eſt. Sic ſit in ſumma, ut hoc dicat, utro ex ſuperioribus modis fundus diviſus ſit, per longitudinemne, an vero per lati-

1) De qua vide dimicantes Cuiac. 14. *Obſer.* 11. & Hotom. 1. *Amic.* 19. qui pro *ita diviſus* reponit *ſemita diviſus*. Noſtri expoſitio probanda videtur.

latitudinem, ad retinendam aut amittendam ſervitutem nihil intereſſe: unius partis totam ſervitutem per utrumque fundum, ſeu per utramque partem diviſam retineri: non utendo tunc deperire, cum neutra parte ad ſervitutem uſus quiſquam fuerit. Quid ergo ſibi vult adverſativa inter utramque ſpeciem interpoſita? Ut declararet diverſas quidem diviſiones viæ, & fundi has eſſe, in quo eſt vis adverſativæ; ius tamen in utraque de amiſſione ſervitutis initio conſtitutæ eſſe idem. Summa autem eo redit, quod ſupra poſui, cum una eſt via, quæ per plures fundos imponitur, unius fundi uſu etiam per cæteros totam retineri: per omnes tunc interire, cum tota perierit per nullum ea utendo.

XIII. Non idem iuris eſt, ſi ſervitus per unum fundum debeatur pluribus. Si debetur pluribus ad fundum communem, etiam unius ſocii uſu tota ſervitus uſurpatur, ut hoc uſu retineatur tota etiam cæteris. Sin pluribus iſtis debetur ſervitus ad proprios ſingulorum fundos, quanvis per locum aut rivum communem, tamen unuſquiſque ſervitute utendo hanc ſibi uſurpat, & retinet: non utendo ſibi amittit; tanquam in diſtincta & propria ſingulorum ſervitute: ita ut nulli ex his proſit aliorum uſus, nec ſervitute ab uno amiſſa, quidquam inde ex aquæductu accreſcat aliis. Hoc in *L. aquam, D. quem. ſervit. amit.* Ideo ſcilicet, quia cum ſervitus ſit prædii eius, cui acquiritur; idcirco etiam eius prædii iure æſtimanda eſt; ut ſi unum ſit id prædium, ſit & una ſervitus, quæ ei debetur: ſi plura prædia plurium dominorum, plures quoque ſint ſervitutes, quarum unaquæque ſuum prædium, cui debetur, ſequatur. Quapropter etſi uni prædio communi ab initio ſervitus conſtituta ſit, ſi deinde domini eum fundum inter ſe diviſerint, ut ſinguli fundi, id eſt, ſingulæ partes diviſæ ſingulis cederent: neceſſe erit hoc idem & poſt eam diviſionem evenire, quod Celſus ſcripſit in *d. L. 6.* verſic. *Celſus. D. quem. ſervit. amit.* idem, inquam, quod ſupra, ut ſibi quiſque dominorum uſurpet ſervitutèm, ſibi non utendo deperdat, uti fieret, ſi ab initio ſervitus duobus fundis eſſet debita.

XIV. Non eſt ſatis neminem ſervitute conſtituta uſum eſſe, ut non utendo amittatur. Alterum concurrere oportet, ut nemo ex iis, quos ſupra uti poſſe diximus, uſus ſit per ſtatutum integrum tempus. *d. L. hæc autem, de ſervit. urb. præd. L. ſi ſic.* illic, *idem et. D. quem. ſerv. amit.* Id tempus ut in uſufructu definitum a Iuſtiniano, decem annorum adverſus præſentes, & viginti adverſus abſentes in *L. ſicut, C. de ſerv. & aq.* Quod tamen ſic accipiemus, ſi ſit continuum tempus, quo quis ſervitute uti potuit. Id autem continuum, quod & quotidianum.

XV. Quod ſi ſervitutis uſus continuum & quotidianum tempus non habuit, ſed erit alternis annis vel menſibus conſtituta; placet eam non niſi duplicato conſtituto tempore amitti. Hoc Paulus in *d. L. ſi ſic conſtituta, quem. ſerv. amit.* ubi & ille, quod ſit hic tempus continuum, quod non continuum, declarat: quo intellecto, etiam diſtinctionis ratio patebit.

XVI. Continuum ergo tempus ille hic indicat idem eſſe, quod quotidianum, de ſententia Servii. Et recte: quia continuum tempus hic intelligere debemus annorum ſtatutorum continuum tempus. Annum autem civiliter non ad momenta & horas, ſed ad dies numeramus. *L. anniculus non ſtatim, D. de verb. ſign.* Continuum ergo annorum tempus eſt, ſi quid per ſingulos dies fieri potuit, id eſt quotidie, ut ſit idem tempus continuum & quotidianum. Utrumque autem id triplex eſt. Primum id ſine dubitatione, cum ſervitus ſimpliciter conſtituta eſt, ut proinde poſſit quis uti perpetuo, ſi velit. Alterum, ſi ſit ita conſtituta, ut quis certis horis ſive alternis, ſive aliis utatur, dum quotidie. Tertium, ſi ita conſtituta, ut utatur etiam alternis diebus. Ac priora duo certa. Apparet enim in illis uſum eſſe quotidianum. Tertium habet dubitationem, ac videtur etiam verbis ipſis conſtitutionis refelli. Nam quomodo ſit quotidie, quod ſit tantum alternis diebus: cum unus ſemper ſit dies intermedius, quo quis non utatur? Sed & hic recte quotidianum utendi tempus dicitur, ut videatur quod ſit alternis diebus, etiam quotidie fieri. Poſterioris enim diei, quo ſervitute utimur, finis in initium ſequentis incurrit, & huius partem velut occupat, ut in eum quoque diem ſervitutis uſus incidere videatur. Ut, ſi me euntem, aquamve ducentem conſtituto die extrema eius diei hora occupet, hic neceſſe eſt iter & ductum meum incurrere in initium diei ſequentis, quo uti non debeo, ut quanvis tum uſus meus finiri ſtatim debeat, tamen verum ſit eum ſaltem ad cum diem perveniſſe, & in eo ſubſtitiſſe.

XVII. Cæteris ergo intervallis temporum additis, tum ſcilicet vult Paulus in *d. L. ſi ſic conſtituta*, non eſſe continuum

uten-

Digitized by Google

utendi tempus, quia non eſt quotidianum. In hoc genere ſi ſervitus ita conſtituta ſit, ut quis alternis annis, aut alternis menſibus utatur, tum ſi quis ea non utatur, ſervitutem duplicato conſtituto tempore amitti: ideſt, adverſus præſentes non decem annis, ſed viginti: adverſus abſentes autem non viginti, ſed quadraginta. Interpretatio ducta ex certa ſententia legis. Quæcumque enim lex non utenti, aut rem ſuam non perſequenti pœnam ſtatuit, rei amiſſionem, nunquam ſtatuit, niſi adverſus eum, qui iure rem ſuam potuit perſequi, neque fecit. Adverſus eum autem, qui agere non poteſt, nunquam cedit eius temporis præſcriptio, quo agere non potuit. *L.* 1. in fi. *C.* de an. exc. *Quid enim*, inquit Paulus, *poteſt imputari, ei, qui iure facere quid etiam ſi vellet, non potuit?* L. cum quidam, §. *ſi pupillo*, *D. de uſur.* At ſervitute alternis annis, vel menſibus conſtituta, intermediis annis & menſibus nullus uſus ſervitutis eſſe poteſt etiam ipſo iure. Intervalla enim temporum ipſo iure utiliter adiiciuntur ſervituti. *L.* 4. in fi. *de ſervit.* Quare ne id quidem tempus ad præſcriptionem nocere poteſt non utenti ſervitute. Reſtat igitur, ut ex omnibus annis, quibus quis ſervitute uſus non eſt, ſumantur ii anni, & menſes, quibus iure ſervitute uti potuit, qui iidem in unum collati efficiunt conſtitutum legibus tempus. Hoc autem tempus in alternis annis aut menſibus non reperietur, niſi in duplicato legitimo tempore: cum ſcilicet ſemper ex duobus annis aut menſibus unum tantum ſumere oporteat, ac proinde ex duplicato conſtituto tempore ſolum dimidium, quod valeat ad præſcriptionem.

XVIII. Ex quo intelligi debet, quod Paulus his dicit de duplicando conſtituto tempore, ſolum locum habere in ea ſpecie, quam proponit, cum ſcilicet aqua conſtituta eſt alternis temporibus, alternis annis, vel menſibus. Quod ſi diviſio temporum longius intervallum habebit ad utendum: ſemper hanc regulam ſequemur, ut ad amiſſionem ſervitutis, & temporis præſcriptionem computentur ſolum ii decem, aut viginti anni, quibus ſervitute quis uti potuit. Quamobrem ſi ſervitus ita ſit conſtituta, ut quis aquam ducat tertio quoque anno: dicemus tempus hic 3 triplicari oportere, ut non niſi triplicato eo ſervitus non utendo amittatur: puta præterire oportere triginta annos, quibus aquam non duxerit, si volumus eam amitti decem annis, quibus ducere potuerit. Idemque de aliis intervallis temporum pro portione & facultate utendi iudicandum eſt.

XIX. In hoc tempore legitimo, quo quis uti potuit, non tantum computatur id, quo qui nunc dominus eſt, non eſt uſus, ſed etiam annua tempora, quibus præcedentes domini, quibus ſervitus debebatur, usi non ſunt. *L. si quis via*, §. 1. *quem. ſerv. amit.* Merito: iſto enim modo verum eſt, dum neque priores neque poſteriores usi ſunt, neminem omnino per conſtitutum tempus uſum eſſe. Quod ſatis eſt ad amiſſionem.

XX. His concurrentibus quæ dixi, ut nemo ſit uſus conſtituta ſervitute, idque factum ſit per conſtitutum tempus, quo ſervitute uti per ius licuit, ita ſervitutes ruſticæ amittuntur, ut nihil referat iure ſummo, utrum quis culpa & negligentia uſus non ſit, an vero caſu prohibitus, non etiam iure. Finge fundum per quem via debebatur, a mari aut flumine occupatum: aut aquæductu conſtituto fontem exaruiſſe, unde aqua ducebatur. Si per conſtitutum tempus hic ſtatus rerum fuerit, ut neceſſe eſſet neque ire agere, neque aquam ducere: placet nihilominus ipſo iure ſervitutem eſſe amiſſam. Legi enim locum factum eſſe: quia verum ſit eum, cui ſervitus debebatur, non eſſe uſum ſervitute per legitimum tempus, nec quominus uteretur, iure prohibitum fuiſſe. Sed etſi hoc ita eſt ſummo iure; tamen illud adiicitur, amiſſa hoc modo ſervitute eſſe in integrum reſtitutionem ei, qui amiſit, ut ſervitus ei reſtituatur, ideſt, iterum ei conſtituatur, si aut mare, vel flumen receſſerit a fundo ſerviente, aut fons ad ſuas venas redierit. *L. ſi locus*, in pr. *D. quem. ſer. am. L. unus*, §. *ult. L. & Attilicinus*, *ſeq. D. de ſerv. ruſt. præd.*

XXI. Excepta eſt hoc loco una ex omnibus, ſervitus itineris ad ſepulcrum. Hanc placet non utendo nunquam amitti. *L.* 4. *D. quem. ſervit. amit.* Non eſt in cauſſa religio. Alioqui dicendum eſſet nec eam hoc de cauſſa remitti poſſe. Quam tamen recte remitti conſtat. *L. ſervitutes prædiorum*, §. 1. *de ſerv.* Sed hæc ratio eſt, quam paulo ante attigimus, quod nulli amittitur ſervitus non utendo per id tempus, quo non potuit ex conſtitutione ſervitutis uti, etiam ſi vellet. Huic enim nihil

3) In quo diſſent. DD. qui quæcunque ſint intervalla tantum duplicationem admittunt, ut apparet ex Cæpolla *de Serv. urb. C.* 24. *n.* 5. Iac. Toming. *Deciſ.* 54. *n.* 7. qui exemplum habet ſervitutis tranſvehendi fœnum e pratis ſuis per prata vicini.

nihil eſt, quod imputetur. *d. L.* 1. in fin. *C. de an. exc. d. L. cum quidam*, *§. ſi pupillo*, *D. de uſur.* Iter autem ad ſepulcrum eiuſmodi eſt, ut cum conſtituatur ſepulturæ cauſſa, cui rei & ſepulcrum deſtinatum eſt: non liceat ex ipſa etiam conſtitutione eo itinere extra hanc cauſſam recte uti. Non ſemper porro homines moriuntur, quos ibi [4] ſepeliamus, non ii, quos conveniat eo inferre. Proinde nullum hic certum tempus, quo dici poſſit is, cui iter debebatur, itinere, cum poterat, religionis cauſſa uſus non eſſe. Quocirca nec poteſt ullum certum tempus ad amiſſionem ſervitutis ei cedere.

XXII. Præter ſuperiora duo, quæ in ſervitutibus ruſticis ut exiguntur, ita ad amiſſionem ſervitutis ſatis eſſe diximus, ut ſervitus non utendo amittatur; tertium etiam accedere oportet in ſervitutibus urbanis, quo ex hac cauſſa pereant. Ut ſcilicet qui ſervitutem debet, per idem ſtatutum tempus, quo adverſarius ſervitute uſus non eſt, ſimul libertatem ædium ſuarum uſucapiat. *d. L. hæc autem*, *D. de ſervit. urban. præd.* Nam & hæc uſucapio ipſo iure recepta eſt, quæ libertatem præſtat ſublata ſervitute; non illa, quæ ſervitutem conſtituit. *L.* 4. *§. ult.* *D. de uſuc.* Cur hoc tertium exigatur in ſervitutibus urbanis potius, quam in ruſticis, tum facilius intelligetur, eum quid ſit libertatem rei ſuæ uſucapere, dixerimus.

XXIII. Ut quis libertatem ædium ſuarum uſucepiſſe intelligatur, tribus rebus continetur. Primum, ut in ſuo aliquid poſitum habeat, quo ſervitus conſtituta impediatur. Veluti in ſervitute ne luminibus vicini officiat, ut dum vicinus feneſtras & lumina ſua præcluſa habuit, ne his uteretur, ipſe qui ſervitutem debet, habuerit ædes ſuas altius ſublatas per idem tempus: aut in ſervitute tigni immittendi, ut dum is, cui ſervitus debebatur, tignum abſtulit, atque ita ſervitute non utitur, ſimul is, qui debuit, foramen unde tignum exemptum eſt, per idem tempus obturatum habuerit. Exempla *d. L. hæc autem*. Alterum in eo eſt, ut id, quod poſitum eſt ad impediendam ſervitutem, ſit immotum. Si erit mobile, nihil proderit ad libertatis uſucapionem. Ut, ſi quis arborem in ſuo poſitam habuit ex adverſo luminum a vicino præcluſorum; non ideo libertatem adverſus ſervitutem luminum uſuceperit: quia quod poſitum eſt, non habeat continuam poſſeſſionem propter [5] motum naturalem arboris. *L. quod autem*, 7. *D. de ſerv. urb. præd.* Ad uſucapionem autem omnem neceſſaria eſt non tantum poſſeſſio eius rei, quam uſucapere volumus, ſed etiam continuatio poſſeſſionis. *L.* 3. *D. de uſucap.* Tertium & poſtremum exigit hæc libertatis uſucapio, ut qui poſitum quid habet in ſuo ad libertatis ædium uſucapionem, ædes ipſas per conſtitutum tempus poſſideat. Qui ſi ante conſtitutum tempus ædes poſſidere deſierit, placet interpellatam videri uſucapionem, quaſi una eum ædibus & libertatem earum ædium poſſidere deſierit. *L. ſi ædes*, *§. ult.* *D. de ſerv. urb. præd.*

XXIV. Hoc intellecto, iam facilius, ut dixi, cognoverimus quam recte tertium iſtud in ſervitutibus urbanis exigatur ad ſervitutem non utendo amittendam: in ruſticis [6] non exigatur. Nempe id cauſſæ eſt, quod in ruſticis nihil eſt, quod imputetur ei, qui ſervitutem debet, ſi is adverſario ſervitute aliquando non utente, ſtatim aliquid non ponat in ſuo ad impediendam in reliquum tempus ſervitutem: in urbanis ſi per eam occaſionem id non faciat, eſt, quod ei imputetur. Utrumque ex natura ſervitutis, & uſu ſervituti conveniente. Nam ſervitutum ruſticarum uſus, ut itineris, actus viæ, aquæductus, non in opere aliquo verſatur, ſed in facto utentis; & eo facto, quod continuum poſſeſſionem corporalem non habeat; quod pro commodo utentis uſurpetur, interrumpatur, repetatur, prout illi viſum fuerit. *L. ſervitutes prædiorum*, *D. de ſerv.* Eſt enim hic uſus, ut cui ſervitus debetur, eat, agat, aquam ducat. Quæ omnia pro

4) Ita & Coraſ. *ad L.* 14. *§.* 1. *de ſerv. n.* 4. ubi *n.* 5. ex Caſtr. refert ſi caſus frequentiores contigerint mortuorum ex familia & alibi ſepultorum etiam hanc ſervitutem amitti. Diſſent. Duaren. ad *d. L.* 14. cauſſam in religionis favore ponens.

5) Quia non ut paries immota, ſed vi ventorum ſubinde agitatur. Duar, ad *d. L.* 7. quod reprobat Zoanet *reſtit. ad D. C.* 25. quia motus ille accidentalis non naturalis. Motum igitur naturæ accipit, quo arbor creſcit, frondes deponit ac viret. Sed Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. intelligit tranſplantationem, quia non, ſicuti paries, arbor immobilis: ſed citra ſui corruptionem loco moveri, alio transferri poteſt.

6) Rob. 4. *Sent.* 8. Ruſticarum uſus non aliter explicatur, quam eius facto cui debentur: Urbana vero ſola eius qui debet patientia; Præter non uſum igitur facto opus eſt, quod argumentum ſit interruptæ patientiæ. Add. Cæpolla *de ſer. urb. C.* 24. *n* 6. Connan. 4. *Comm.* 12. *n.* 14. Cuiac. *in L.* 4. *§. ult. de uſur.* Nic Valla *de reb. dub. Tr.* 7. *n.* 18. Vital. 2. *Lect.* 11. *n* 3. Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 12. Sed nec rationem bonæ vel malæ fidei haberi vult Connan. *d. n.* 14. cum ipſis ædibus libertas acquiratur Quod non admittit Cæpolla *de ſerv. urb. C.* 20. *n.* 4. & Coraſ. *ad L.* 14. *De ſerv. n.* 41. licet non requiri fateantur in ſervitutibus ruſticis, ut & P. Gilk. *de præſcrip. P.* 2. *membr.* 2. *C.* 3. *n.* 02. quia nullam per hoc labem conſcientiæ contrahat, cuius nullum factum, nulla culpa interceſſit, quæ hanc notam ipſi adſpergere poſſit.

pro occaſione & opportunitate temporum, locorum, perſonarum uſurpantur, & omittuntur. Hæc res facit, ut ſi quis huiuſmodi ſervitute aliquando non utitur; non ideo tamen ſignificationem det ſe id facere, quia ſervitute uti nolit. Poteſt enim, qui modo uſus non eſt, uti paulo poſt, & vero hoc animo eſſe, ut utatur. Quod rurſum si ita eſt, apparet non poſſe adverſus eius voluntatem aliquid in loco ſerviente tuto poni ad impediendam eam ſervitutem, de qua nihil dici poteſt, cur non eius uſus ab illo adhuc retineatur. Nulla vero culpa eſt non tentaſſe periculoſe libertatis rei ſuæ uſucapionem, priuſquam conſtiterit vicinum ſervitute amplius non uti. At hæc ſignificatio certa eſt in ſervitutibus urbanis, ſi quis ſemel ſervitute non uti cœperit, natura ſervitutum, quæ in contrario uſu eſt, id indicante. Earum enim uſus non in facto perſonæ poſitus eſt, ſed in onere aliquo, quod haberi debeat, per cuius cauſſam retineatur habendæ ſervitutis conſuetudo, ut eſt in *L. ſervitutes*, in pr. *de ſerv. urb. præd.* puta in tigno immittendo, in feneſtris & luminibus aperiendis, in ædibus altius tollendis. Eo fit, ut ſimulatque quis id opus ſuſtulit, quo ad ſervitutis uſum utebatur, iam certo intelligatur nec ſervitute eum uti velle. An poſtea opus reſtituturus ſit, necne, incertum. Nunc quidem, pro eo tempore, quo opus ad ſervitutem neceſſarium ſublatum eſt, pluſquam certum eſt eum nec ſervitute uti, nec velle, aut poſſe. Hac voluntate eius, cui ſervitus debetur, cognita, eſt adverſarii uti occaſione oblata ad libertatem rei ſuæ uſurpandam, quam poteſt tuto & ſine iniuria tentare per id tempus, quo vicinus non vult, nec poteſt uti ſervitute. Culpa, ſi occaſione oblata non utitur. Culpa autem eiuſmodi, quæ illi nocere debeat, quominus libertatem ædium ſuarum nanciſcatur; quia in pari culpa utriuſque, & illius, qui ſervitute non utitur, & huius, qui non uſurpat ſuam libertatem; æquius eſt favere de ſervitute non amittenda laboranti, quam certanti de adventicio lucro libertatis acquirendæ. *L. non debet actori*, §. 1. *D. de reg. iur. L. ult.* §. *pen.* in fin. *C. de codicil.*

XXV. Ut his modis amittuntur ſervitutes prædiorum: ita non amittuntur pluribus, ut diviſioni & enumerationi ſuperiori a me propoſitæ nihil desit. Id intelligetur certius, si quos modos amplius poſuimus in amittendo uſufructu, eos in hoc genere ſervitutum locum non habere videbimus. Ac tribus modis amplius uſumfructum interire diximus, morte eius, cui uſusfructus debetur, capitis deminutione, & mutatione rei fructuariæ. Nullo modo ex his ſervitutes prædiorum. Non morte domini ſervitutis, aut capitis deminutione, ut traditur in *L. 3. quem. ſer. am.* Nec mirum. Hoc enim genus ſervitutum non eſt perſonæ, ſed prædii; non perſonæ debetur, ſed prædio. *L. ſi mihi eodem.* in fi. *L. unus. de ſer. ruſtic. præd.* Prædia autem neque moriuntur, neque capite minuuntur. Sed nec [7] rei mutatione amittuntur prædiorum ſervitutes. Ut puta, ſi ſublatum ſit ædificium, cui debetur ſtillicidii immittendi ſervitus; reſtituto poſtea ædificio eadem ſervitus debebitur; quia res eadem ſit propter aream, quæ manſerat; etsi forma ædificii fuerit mutata. *L. ſervitutes.* §. *ſi ſublatum. D. de ſerv. urb. præd.* Cur hoc aliter receptum ſit in uſufructu, aliter in ſervitutibus, & in omni alio fere iure conſtituto, expoſuimus, quod ſatis eſſet, cum de amiſſione uſusfructus ex hac cauſſa diximus. Huc referri debet, quod placuit, si certo generi agrorum ſervitus conſtituta ſit, veluti iter, via ad vineas, ad ſilvam, ad pratum noſtrum, & vineæ aut ſilva ſublatæ ſint, aut ex prato ager novalis, vel hortus factus, nihilominus eamdem ſervitutem manere; quia ſuperficies quidem mutata ſit; ſed ſolum maneat, cui ſervitus eſt quæſita. *L. certo.* in pr. *D. de ſervit. ruſt. præd.*

HUGO-

7) Item ſi fons exaruerit & ad ſuas venas redierit *L.* 34. §. *ult.* R. P. vid. P. Greg. 4. *Syntag.* 23.

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DUODECIMUS.

De eo quod cuique debetur: ſeu, De obligationibus, altera parte iuris noſtri; id eſt, eius quod ſuum eſt cuiuſque.

CAPUT I.

Suum cuiuſque eſſe, etiam quod ei debetur. Deberi nobis id, ad quod præſtandum nobis alius obligatus eſt. Obligatum eſſe qui obligatione tenetur. Hinc occaſio, atque hic locus de obligationibus cognoſcendi. Obligatio quid ſit.

Tranſitio atque ordo. I.
Suum cuiuſque dicitur & illud quod cuique debetur; & hoc quoque ad ſummum illud pertinet iuris praeceptum: oportere ſuum cuique tribui. II.
Eius quod cuique debetur, tractatio ab obligationis cognitione lucem mutuatur, & quomodo III.
Quid ſit obligatio: eiuſque per partes illuſtrata definitio. IV. V. VI. & ſeqq.
Omnis & ſola obligatio neceſſitatem habet praeſtationis adiunctam. VII. VIII.
Contrariis occurritur. IX.
Quo ſenſu ſola civilis, aut uaturalis obligatio praeſtatiouis habeat neceſſitatem. X.
Utraque eſt huius tractationis; & utraque obligatiouis appellatioue continetur. XI.
Solvere quid ſit; ea de re alibi, & quo. XII.
Rei *verbum iu obligatiouibus facta etiam comprehendit*. XIII.
Verba illa: Seeundum noſtræ eivitatis iura *quam vim habeant. Theophili iuterpretatio refellitur*. XIV. XV.

I. EX duabus partibus eius quod ſuum cuiuſque eſt, in quas eius iuris cognitionem initio divisimus, expoſita eſt ea pars, quæ verſatur in eo, quod proprie ſuum eſt cuiuſque. Id autem eſſe diximus, quod iam venit in eius poteſtatem, neque ad eam rem indiget alterius præſtatione: id quod ſuo iure quiſque poteſt ſibi ſumere ſine alterius vel opera vel iniuria. Ius poſitum partim in perſona ipſa euiuſque, partim in rebus externis: diſtinctum pro conditione tum perſonarum, tum rerum. Ex quo neceſſe fuit & in illis de diſtinctione ac eonditione perſonarum, & in his de generibus rerum tum divinarum tum humanarum, & in humanis tum publiearum tum privatarum, quænam hæ eſſent videlieet, & in ſingulis partibus, quid proprie ſuum eſſet euiuſque, dicere. Quod & fecimus. Altera pars ſequitur poſita in eo, quod cuique debetur, quod ſit ei iu-

re

ſe ab altero præſtandum. Nam & hoc [1] ius ſuum cuiuſque: & ſimpliciter, ſuum cuiuſque dicitur. De quo etſi dixi ſupra *Lib.* 2. *Cap.* 8. tamen ne quis ſit error, quod illic attigi tantum breviter, diviſioni illic propoſitæ ſerviens, nunc cum ad ſpeciem ipſam ventum eſt, dicam paulo explicatius.

II. Et vero ſic neceſſario accipi debet ſummum illud præceptum iuris, ſuum cuique tribuere, & in definitione iuſtitiæ illa voluntas ius ſuum cuique tribuendi, ut id quoque intelligatur, quod cuique debetur. *L. iuſtitia, D. de iuſt. & iur. Inſt. eod. tit.* in pr. & §. *iuris*. Alioqui cum id, quod debetur cuique, id ei maxime præſtari & tribui debeat, niſi id præcepto illo ſummo, & definitione ſuperiore continetur, erit aliquid in ſummo illo ſine iuris & iuſtitiæ prætermiſſum. Sed non dubium eſt, quin ita ſentiant, & loquantur veteres, ut quod debetur cuique, id etiam in eo genere habeant, quod ſit ſuum cuiuſque. Unde eum, qui perſequatur, quod debetur, ſuum perſequi; qui id conſequatur, ſuum conſequi, ſuum recipere, ad ſuum pervenire, apud noſtros frequenter legimus. *L.* 6. §. *apud, D. quæ in fraud. cred. L. repetitio, D. de cond. ind. L. cum duobus*, §. *idem reſpondit ſocius, D. pro ſoc. L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* Cic. pro Quintio; *quid? hoc quo pertinet? ut ocyus ad tuum pervenias?* ideſt, ad id quod tibi debetur. Sequitur enim paulo poſt: *Quid a nobis autem C. Aquili refertur? pecuniam petit. Negamus deberi.* Et iterum, neque id rurſum multo poſt: *inveniri ratio C. Aquili, non poteſt, ut ad ſuum quiſque quamprimum ſine cuiuſquam dedecore, infamia, pernicieque perveniat?* Idem pro Cæcinna: *potuiſti enim leviore actione confligere; potuiſti ad tuum ius faciliore & commodiore iudicio pervenire.* Pro quo paucis aliquot verbis interiectis, dicit ius ſuum perſequi. Sane quod nobis debetur, id proprie noſtrum non eſt; atque adeo præſenti ſtatu rerum inſpecto [2] noſtrum dici non poteſt. Non enim ante ſit noſtrum, ſeu dominii & iuris noſtri, quam transferendi cauſſa a domino præſtitum fuerit. Si quidem traditionibus, non nudis, ideſt, ſolis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus, C. de pact.* Unde eum quis aurum ſuum omne uxori legaſſet: placuit id aurum quod teſtatori deberetur ex ſtipulatu, non pertinere ad uxorem; quia illius factum adhuc non eſſet. *L. ſcribit, D. de aur. & arg. legat.* Sed dum ſpectatur id quod iure fieri oportet, noſtrum dicitur, quod eiuſmodi eſt, ut nobis præſtari debeat, quo noſtrum fiat: ſed tum maxime, cum eſt actio, qua id conſequamur, ab effectu certo. Prope eſt enim ut videatur rem habere, qui actionem habet ad eam conſequendam. *L. qui actionem, D. de reg. iur.* Atque hinc ille veterum uſus de hoc verbo. Utcunque eſt, cum id quod debetur cuique, quodque ei præſtandum eſt, ita ſit in iure eius, ut ſi minus adhuc eius ſit, tamen ei tribui debeat: perſpicuum eſt ſaltem ad præceptum illud iuris ſummum pertinere, quo præcipitur ius ſuum, ſeu ſimpliciter ſuum cuique tribuendum, quando non eſt aliud præceptum, quod alii quidquam tribuere iubeat. Quamobrem & in quæſtione eius, quod ſuum cuiuſque eſt, debet omnino ad hanc cognitionem referri.

III. In hac parte hoc quæritur, quid cui debeatur; & hoc ipſum quod debetur, quomodo obtinere poſſimus, ut præſtetur. Utrumque ut intelligatur, præſtat cognitio obligationis. Id enim debet quiſque, ad quod præſtandum obligatus eſt: & obligatio omnis eam vim habet, ut præſtari oporteat, quod eſt in obligatione. Ut proinde obligatio una ſit & debendi cauſſa, & eius quod debitum ſit, præſtandi. Unde ſit, ut cum de eo quod nobis debetur, quæritur, omnis ea quæſtio & tractatio ad obligationis ius & cognitionem conferatur. Id an ita ſit, ſtatim ab initio definitio utriuſque declarabit. Deberi id dicitur, quod iure quemque præſtare oportet. Hinc debitor, cum proprie appellatur, is, a quo invito pecunia exigi poteſt. *L. debitor, D. de verb. ſign.* Non exigitur ab invito, niſi quod invitus etiam debeat præſtare. Hinc & natura debere di-

1) Non igitur obligationes pertinent ad ius perſonarum, ceu poſt Loriot. *de iur. Tr.* 17. *de pact. axiom.* 2. contendit Vult. *ad pr. I. h. t. n.* 8. *&* r. *& diſc.* 14. *&* 16. cum & aliud non tantum methodus in Inſtitutionibus ſervata, ſed & §. *ult. I. de uſu & hab.* aperte convincat, ubi obligationes inter res referuntur, non generaliori acceptione vocis *rei*, ſed quatenus ſecundum iuris obiectum, a perſonis & actionibus diſtinctum conſtituunt. Nec ſequitur: Ex obligatione eſt actio in perſonam: Igitur eſt ius perſonæ. Longe enim alia ratione dicitur actio in perſonam, alia ius perſonæ. Hoc quippe ſtatum & conditionem perſonæ denotat; illic verba *in perſonam* circumſtantiam, non ſtatum ſignificant. Sic pacta alia in rem, alia in perſonam. Servitutes aliæ perſonæ, aliæ prædii; neutrobique tamen ius perſonæ. Quin immo actiones præiudiciales quæ de ſtatu & vero iure perſonarum, reales tamen §. *præiudiciales* 13. *I. de act.* renitente licet Vult. *ibid.* Ac obligationes certe in bonis & patrimonio noſtro ſunt *L.* 49. *de V. S.* non ita iura perſonarum. vid. Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 9. *Concluſ.* 3. *n.* 14. *& ſeq.*

2) *L.* 27. §. 2. *d. t.* Walth. 1. *Miſc.* 14. meorum appellatione actiones contineri *L.* 91. *de V. S.* ſi pronomina, *meum tuum, &c.* adiiciantur univerſitati bonorum *L.* 30. *ad Treb.* non ſi rei particulari. *d. L.* 27. §. 2. *d. L.* 34.

dictus, quem iure gentium dare oportet. *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* At hoc ipſum quemque præſtare oportet, qui ad eam rem iure eſt obligatus. Hoc vero definitio certa obligationis oſtendit, tradita a Iuſtiniano. *Tit. Inſtitut. de obligation.* in princ.

IV. Ac cum de obligatione ſermo ut dixi, futurus ſit, vel hac de cauſſa maxime inde ordiri oportet. Sic ergo ea definitur 3 *iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ, ſecundum noſtræ civitatis iura.*

V. Vinculum; quia obligatione vincimur & adſtringimur, ut ſequitur. Translatione ducta a 4 vinculis corporalibus; & recte ducta: quia quod efficit vinculum corporale in his qui vincti ſunt, id efficit iure obligatio in iis, qui ſunt obligati. Qui vincti tenentur a nobis, ita tenentur, ne nobis poſſint effugere. Si videtur, duci & trahi poſſunt a nobis, quo volumus, & ſequi neceſſe habent. Nec prius in ea poteſtate noſtra eſſe deſinunt, quam eo vinculo ſoluti fuerint. Eadem omnia in obligatione. Qui nobis obligatus eſt, ita tenetur vinculo & neceſſitate præſtationis, ut non poſſit effugere, quin dum obſtrictus eſt, ita teneatur. Si vere & proprie obligatus eſt, ita tenetur actione, ut cum eo iure agi, & ob id in ius trahi poſſit, eum videtur. Nec ante liberatur ea neceſſitate ſequendi, quam obligatio ſoluta fuerit. *L. negantes*, *Cod. de obligation. & action.*

VI. Sed hoc vinculum eſt iuris. Ut intelligamus nullum hic vinculum corporale quæri debere, quo vinciatur is, qui obligatus eſt. Nihil hic eſſe, quod cernatur, aut conſiſtat natura. Totum *in iure* conſiſtere, ut de rebus incorporalibus, & inter cæteras de obligatione traditur, *Tit. Inſtit. de reb. corpor. & incorpor.* In iure ideo, quia cum non ſit hic ullum vinculum re vera; iure tamen conſtituitur, iure perinde habetur, quaſi eſſet. Neque id otioſe, ne quis hic inanem iuris fictionem cogitet: ſed eo effectu conſtituto, qui plane futurus eſſet, ſi vere hic eſſet vinculum, quo quis obſtringeretur. Effectus is, qui ſequitur.

VII. Obligatione obſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ. Id eſt, ſic obſtringimur, ut neceſſe habeamus quid præſtare. Id ipſum quod prius diximus nos debere, ſeu debere præſtare. Nihil vero hoc amplius efficeret verum vinculum, ac fortaſſe ne id quidem. Interim ſic definirur hic obligatio, ut ſemper adiunctam habeat neceſſitatem præſtationis. Quo loco quæſitum eſt, ſatiſne recte definiatur iſto modo. Movet, quod non ea ſolum obligatio eſt, ex qua quod debetur, exigi poteſt ab invito actione in eam rem conſtituta, quæ vere iſtam neceſſitatem præſtandi imponit; ſed & naturalis quædam obligatio eſt, quædam ſolum civilis. De quibus poſtea in diviſione obligationis. Quarum tamen ex utraque nulla videtur neceſſitas eſſe præſtandi. Nam ex naturali nulla eſt actio, qua quis ad præſtandum cogi poſſit. *L. naturales*, *D. de obl. & act.* Civilis obligatio actionem habet, ſed iure prætorio inutilem, ut quæ exceptione infirmetur. *§. præterea. Inſtit. de exc.* quod perinde eſt, ac ſi hic nulla eſſet actio. *L. nihil intereſt*, *D. de reg. iur.* Aut igitur volumus has obligationes definitione comprehendi, aut non comprehendi. Si comprehendi, falſa eſt definitio, quæ ſtatuit ex omni obligatione adſtringi nos neceſſitate præſtandi; ſi non comprehendi, manca: quæ eas ſpecies omittit, quæ definiti verbo continentur. Sed recte defendetur omnem obligationem neceſſitatem in ſe habere alicuius rei præſtandæ, & quæ non habet, hanc obligationem non eſſe: ut nihil hic amplius contineat definitum, quam definitio, & contra, neque eo minus vera ſit definitio.

VIII. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt obligationem & proprie dici, & paulo generalius etiam per 5 abuſionem. Proprie eam, cuius nomine aliqua actio competit: minus

3) Obligationis vox etiam metaphorice in iure ſumitur. Nam obligari dicitur vulnus a chirurgo, arbor ab agricola, a iudicis ſtatore deprehenſus facinoroſus. Egy. Baro *Lib.* 1. *de divid. & indiv. obl. C.* 4.

4) Ita & Gæd. *ad L.* 47. *de V. S. n.* 1. *& de Contr. ſtip. in Proleg. n.* 2. Unde verſus gloſſæ vulgatus:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.

Cui ſimilem ex Euripide adducit Rainald. Coraſ. 2. *indag.* 16.

[illegible]

Cuncta ſermo conficit, quæcunque ferrum efficere poteſt hoſtium. Atque hinc obligatus dicitur adſtrictus, obſtrictus, illigatus alligatus vid. P. Fab. *ad L.* 35. *de R. I.* Vinculum vero potius quam vinctio dicitur, ut non actus obligandi ſignificetur, ſed æquum quiddam perpetuo durans, dum ab eo nexu abſolvamur. Baro *Li.* 1. *de div. obl C.* 4.

5) Ita & Duar. *de O. & A. C.* 2. *per L.* 16. §. 4. *de fideic.* Baro *Lib.* 1. *de div. & indiv. oblig. C.* 4. *& ad pr. I. h. t.* Cuiac. 9. *ad Afr. in L. frater a fratre* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. Et Vacon. 1. *declar.* 21. *n.* 18. ſolam civilem obligationem definiri probat ex verbis *ſecundum noſtra civitatis iura.* Iura enim ait Romanorum civilia non habent vim extra Romanam iuriſdictionem. Naturalis autem obligatio effectum habet apud omnes gentes. Sed Hopp. *Lib.* 1. [illegible] *ad tit. I. de oblig. pag.* 3. omnium obligationum unam eandemque naturam eſſe, quatenus obligationis nomine continentur. Et Vult. *ad pr. I. h. tit. n.* 21. hoc ſimpliciter acceptum falſo dici, [illegible] & collata obligatione naturali ad naturalem & civilem ſimul, vere.

minus proprie eam, ex qua ita quid debetur, ut tamen peti non poſſit, aut non poſſit utiliter; in quo numero eſt naturalis illa, & civilis ſola obligatio. *L. fideiuſſor*, 16. §. *fideiuſſor*, *D. de fideiuſſor*. Utrumvis ex bis ſequamur, non deeſt defenſio ſuperior. Si obligationem proprie hic accipi volumus, vera eſt & iuſta definitio ſine controverſia. Eſt enim ea obligatio omnis vinculum, quo propter actionem adiunctam obſtringimur neceſſitate rei præſtandæ. Et ut omnis, ita ſola; ut hoc ſenſu nulla ſit ſpecies obligationis, quæ hac definitione non comprehendatur; etiam ſi quis conceſſerit nullam aliam obligationem in ſe habere neceſſitatem præſtationis.

IX. Nihil ad rem pertinet, quod non comprehenduntur naturalis illa, & civilis ſola obligatio, quarum nomine nulla eſt actio utilis. Nam ne hæ quidem proprie ſunt obligationes, ut dixi: ut ſi quis eas eximit definitione, ſimul etiam eximere eum oporteat definito. Et ut alibi forte repudiari poſſet hæc defenſio: certe apud Iuſtinianum quo loco ab illo ſuperior definitio traditur, hæc defenſio eſt neceſſaria. Sentit enim ille ſolum de ea obligatione, quæ actionem parit: quo in genere naturalem, & civilem ſolam haberi non oportet. Id ſequentia evidenter arguunt in *d. Tit. de obl.* Nam quam obligationem initio definierat, eam ſtatim dividit in civilem & prætoriam. Civilis autem eſt quæ iure civili; prætoria quæ iure prætorio actionem parit. Idem continenter eamdem illam obligationem, quam poſuerat, naſci ait ex his quatuor cauſſis, contractu, quaſi contractu, maleficio, quaſi maleficio. At ex his omnibus cauſſis actiones iure naſcuntur, ut in ſingulis his generibus, & in ſingulis horum generum partibus deinceps ab eodem Iuſtiniano declaratur. Quare non eſt dubitandum, quin ut ex proprietate verbi, sic ex inſtituto & ſententia Iuſtiniani recte definiatur obligatio ſolum id vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei præſtandæ: etiamsi hanc neceſſitatem proprie sic acceperimus, ut sit eius, qui ultro actione & iudicio cogatur quid præſtare.

X. Sed etſi generalius placet omnem obligationem hic accipi etiam eam, quæ per abuſionem ita dicitur, ut naturalem illam, & civilem ſolam, quas dixi: tamen & hoc recte defendetur, ne ſic quidem mancam eſſe aut falſam definitionem. Sed & iſtas ut definiti verbo, ſic & verbo definitionis, nec falſo contineri. Sunt hæ obligationes, ac non dicuntur tantum. Sunt & vincula, quibus adſtringimur neceſſitate aliquid præſtandi, qua parte etiam illis definitio congruit. Non habent plenam neceſſitatem præſtationis adiunctam per omnia: quin illis deeſt præcipuum vinculum huius neceſſitatis, actio. Non eo minus tamen eas ſuo modo neceſſitatem hanc præſtationis in ſe habere verum eſt. Nam & obligatio naturalis conſequitur ſæpe adverſus invitum, quod ſibi debetur; alias per retentionem rei debitæ, alias per compenſationem, alias per fideiuſſores aut pignora, quæ ei obligationi acceſſerint, ut in effectis huius obligationis dicetur ſuo loco. Sed & civilis illa, quæ civilis ſola eſt, etiam actionem habet ad exigendum, quod debetur, & quidem efficacem, ut diſerte ſcriptum eſt in *d.* §. *præterea*, *Inſt. de exc.* Additur quidem ibidem continuo, hanc actionem exceptione removeri; quo ſignificatur iure quidem civili ſummo efficacem eſſe: at iure prætorio, quo exceptio comparata eſt, id eſt, exitu, conſtitui inutilem. Sed cum ita ſit inutilis, ſi exceptio opponatur: vel hoc ipſum declarat actionem eſſe efficacem, ſi exceptio non opponetur. In quo eſt illa neceſſitas præſtationis. Ac ne dubitemus hanc neceſſitatem illis tribuere, hanc ipſam illis veteres non obſcure tribuunt. Nam in *L. cum amplius*. §. 1. *D. de reg. iur.* ita ſcriptum eſt: *is natura debet*, *quem iure gentium dare oportet*. De naturali obligatione hoc ſcriptum eſſe apparet. Natura enim debere, & natura ſeu iure naturali obligari, idem valent. *L. quod pupillus*. *D. de cond. ind.* iuncta *L. pupillus*. *D. de obl. & act.* Quid eſt autem dare oportere, niſi neceſſe habere quid præſtare? De civili autem obligatione ſola iam dixi diſerte ſcriptum eſſe in *d.* §. *præterea*, *Inſt. de except.* ex hac obligatione actionem eſſe, quæ ſit efficax: tantum illi obſtare exceptionem. Quod quidem ita accipiendum eſt, ſi exceptio in lite conteſtanda opponatur. *L. ſi quidem*. *L. præſcriptionem*, *C. de except.* Non offendemur eo, quod dicitur verba cum effectu eſſe accipienda, *L.* 1. *D. quod quiſ. iur. L. pen.* §.

vere. Quia alia quæſtio ſubſtantiæ a quæſtione qualitatis. Nec quod minores naturales vires, id proprietatem concernit, nec maioris minoriſve ratio genus aut ſpeciem mutat. Nec placet doctrina Connan. 2. Comm. 3. n. 2. naturalem obligationem natura verbi attenta non recte ita nominari, cum ſit doctori ac magiſtro ſimilior quam iudici; ac invitet, hortetur, moneat, non compellat vel exigat. Nullum ipſius ius vinculum, neceſſitatem, ſed in facto tantum poſitam eſſe.

1. D. ne quis eum qui in ius voc. eſt, vi exim. Nam & obligatio naturalis, & illa ipſa quæ ſolum civilis eſt, ſuos effectus habent, ut dixi, ad eam neceſſitatem imponendam, quam in obligatione quærimus. De quo plura in ipſis generibus. Quare utro modo ex iſtis obligationem accipi placet, recta eſt & definito optime conveniens definitio. Tantum monendi ſumus, priorem ſignificationem, quæ ex verbi proprietate eſt, convenire iis, qui quærunt eam obligationem, ex qua actio naſcitur, ut fecit Iuſtinianus in *Inſtitutionibus:* poſteriorem iis, qui quærunt in univerſum, quid nobis quoque iure debeatur.

XI. Eſt autem quod debeatur non tantum ex vera illa & efficaci obligatione, quæ actionem parit: ſed etiam ex naturali ſola, & civili ſola. Quod quia ad ius cuiuſque non minus pertinet, nobis propoſitum eſſe debet, & de eo in hac parte quærere. Quamobrem & inſtituto ſervientes poſteriore iſta ſignificatione obligationis verbo utemur, & ad eam quidquid eſt iſtius neceſſitatis in definitione referemus.

XII. *Alicuius rei ſolvendæ.* Solvere eſt præſtare, non quidvis, ſed quod debeas: ut insit in hoc verbo & præſtatio & præſtatio rei debitæ. Indicat illa ſententia iuris, Solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inſtit. quib. mod. tol. ob.* in princ. Solvere proprie eſt aut expedire ipſum vinculum; unde ſoluta & diſſoluta obligatio quæ ſublata eſt; aut liberare vinculo id quod adſtrictum erat: ut ſemper in eo quod ſolvitur, vinculum eſſe oporteat. Et quidem hac ratione etiam perſona obligati cum liberatur, recte ſolvi dicitur. *L. decem, D. de verb. oblig.* At quomodo ſolvi res, quæ præſtatur; cum in perſona obligati vinculum fuerit, quo ille obſtringebatur; in re non fuerit? Solum enim tunc obligatur res, cum pignori aut hypothecæ ſubiicitur. *L. res, 5. D. de pignor.* Sed de eo dicetur opportunius in ſolutionibus: ubi de vi & poteſtate huius verbi proprie cognoſcendi locus eſt. Nunc ſatis eſt tenere, in uſu iuris dici rem ſolvi, cum debita præſtatur. *L. ſolutam, 49. D. de ſolut. L. ſi rem, §. omnis,* & ſeqq. *D. de pignor. action. L. 4. §. ait. D. de re iudic.*

XIII. *Alicuius rei.* Res a factis interdum diſtinguitur: ut cum dicitur, in ſtipulatum deduci poſſe non ſolum res, ſed etiam facta. *§. ult. Inſtit. de verb. oblig.* ubi rerum verbo intelligimus res per ſe conſiſtentes ſive natura ut corporales, ſive iure ut incorporales, & eas quas ex obligatione dari oporteat; facta autem quidquid præter dominii translationem fieri debeat. Unde eadem ſententia ſtipulationes dictæ conſiſtere, partim in dando, partim in faciendo. *L. 2.* in princ. *D. de verb. oblig.* Non ſic hoc loco rei verbum accipiendum, ut bene Accurſius monet: ſed generaliter ita, ut ſuperius utrumque contineat; intelligaturque obligatio eam neceſſitatem habere, ut ſive quid ex obligatione dandum eſt, detur; ſive quid faciendum, ita præſtetur & fiat. Hoc exigit verbum rei, quod cum per ſe ponitur, generale eſt. *L. 1. D. ſi certum pet.* Exigit & obligationis natura, quæ cum ſit, ut dixi, aut in dando aut in faciendo, & generaliter in aliquo præſtando, ut eſt in *L. 3. D. de oblig. & act.* id ipſum ad neceſſitatem obligationis poſtulat, ut utrumque præſtetur.

XIV. *Secundum noſtræ civitatis iura.* Theophilus hæc verba retulit ad proximum verbum ſolvendæ, tanqum addita huius ſolutionis temperandæ cauſſa. Ut ſit ſententia, obligationem eſſe vinculum, quo adſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ: non tamen quovis modo ſolvendæ, ſed ſolvendæ recte, & ſecundum noſtræ civitatis iura: ut ſcilicet qui ſolvit, ea ſolutione liberetur. Adiectum ideo, ut ille ſcribit, quia non omnis præſtatio rei debitæ ſolventem liberat; ut eſt ſolutio eorum, quæ vel pupillo ſolvuntur, vel pupillus ipſe ſolvit ſine tutoris auctoritate. *§. nunc admonendi, §. at ex contrario, Inſt. quib. al. lic. vel non.* Idem ſenſit Accurſius in poſtrema interpretatione, quam ad explicationem horum verborum retulit. Sed diligenter cavenda eſt hæc interpretatio; ex qua non tantum adiectio ſupervacua, ſed & ſententia ipſa definitionis falſa efficitur. Adiectio fit ſupervacua, quia qui dixit alicuius rei ſolvendæ, ſatis dixit quo intelligatur, rei recte & ſecundum ius ſolvendæ, ut non neceſſe ſit hæc eadem quaſi prius non expreſſa adiicere. Id enim ſolum dicitur ſolutum, quod recte & iure ſolutum eſt. Ut condemnatus, qui rite condemnatus eſt. *L. 4. §. condemnatum, D. de re iudic.* Cautum vel ſatiſdatum, quod recte nec vitioſe cautum, ſatiſdatum eſt. *L. quoties, D. qui ſatiſd. cog.* Omnia ideo, quia quod vitioſe & non iure fit, nec factum videtur. *d. L. quoties, L. non dubium, C. de legib.* Sed in primis animadvertendum eſt ex hac interpretatione ſententiam induci falſam, & naturæ obligationis plane contrariam. Nam

qui

qui dicit obligationem habere neceſſitatem rei ſolvendæ, & id ita temperat, dum res ſecundum ius ſolvatur, & liberatio naſcatur; is hoc dicit, ſi quis ſolvendo non liberetur, eum obligatum non eſſe, ſeu in eo non eſſe obligationem. Quod aperte falſum eſt: ac ne hoc quidem Theophilus, ſi aperte rogatus eſſet, unquam diceret. Nec alio exemplo magis declaratur, quam pupilli ſolventis, aut eius qui ſolvit pupillo. Eſt iſtorum ſolutio inutilis. Sed non ideo minus obſtringuntur etiamnunc neceſſitate eius rei quam debuerant ſolvendæ. Immo ideo obligantur, quia præſtatione non ſunt liberati. Denique ita res habet: Obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ, ſive ſolutione liberemur, ſive non liberemur. Immo tunc maxime, cum non liberamur: quia nobis non liberatis neceſſe eſt ſemper manere obligationem, quæ alioqui ſolutione iuſta interveniente tollitur.

XV. Quid ergo eſt? Referri debet adiectio ad verbum præcipuum, quod orationem regit in hac definitione; vel potius ad totum illud complexum, quo adſtringimur neceſſitate; ut ſit hic contextus, quo adſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ, adſtringimur autem ea neceſſitate ſecundum noſtræ civitatis iura. Temperamentum adiectum duarum rerum explicandarum gratia: primum ut declaretur quam adſtrictionem, & quibus ex cauſſis intelligi velit; deinde qualem & quantam hanc neceſſitatem, ad hanc ſententiam utrumque. Obligatio eſt iuris vinculum, quo adſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ: ſed adſtringimur, non quibuslibet modis, non ut cuique viſum eſt, non ut quis quid vi, aut turpiter promiſit; ſed ut ſunt adſtringendi cauſſæ ſecundum noſtræ civitatis iura. Rurſum obligatione adſtringimur neceſſitate. Sed non quavis, verum ea [6] quæ eſt ſecundum noſtræ civitatis iura. Aliam enim neceſſitatem præſtationis habet iure gentium naturalis obligatio, aliam iure civili civilis. Atque hæc ſunt iura duo civitatis noſtræ. Nam populus Romanus partim communi omnium hominum iure, id eſt, iure gentium, partim ſuo proprio utitur, quod vocatur ius civile. *L. omnes, D. de iuſtit. & iur. §. 1. Inſtit. de iur. nat. gen. & civil.* Sed & civilis obligatio quæ plenam præſtandæ rei neceſſitatem habere putatur, non tamen habet quamlibet. Duplex eſt enim neceſſitas præſtationis; vel ut vi quid extorqueatur, *L. 1. D. quod met. cauſ.* vel ut auferatur iudicio. Nam & iudicio præſtare cogimur. *L. negantes, C. de oblig. & act.* Vis omni iure interdicta, & pœna conſtituta adverſus eos, qui quovis modo invito adverſario in re ſua aut ſibi debita ius ſibi dixerunt. Solum altera cogendi ratio ſecundum ius, ut quis quod ſibi debetur per iudicem repoſcat. *L. exſtat, D. quod met. cauſ. d. L. negantes, C. de obligat. & act.* Quare hæc ſola hoc loco relinqui intelligenda eſt. Definitione obligationis cognita, iam illud, puto, certo intelligitur verum eſſe, quod ſupra poſui, deberi id, ad quod præſtandum quis obligatus eſt. Obligatum autem eſſe eum, qui iure tanquam vinculo adſtrictus eſt neceſſitate eius præſtandi. Ita & debendi cauſſam, & neceſſitatem præſtandi eius, quod debeatur, ex obligatione peti oportere.

6) Ioach. Hopper. *Lib. 1.* [illegible] *pag. 4. & ſeq.* ſignificari his verbis civilem approbationem. Obligatio per ſe quidem vinculum; at eam adſtrictionem pro noſtro arbitratu exercere non poſſumus, ſed iuxta præſcripta legum; quæ in quibuſdam cauſſis dant condictionem, in quibuſdam retentionem & compenſationem.

C A P. I I.

Summa argumenti de obligationibus. Obligationum genera; & de naturali obligatione; quæ ſit: quibus ex cauſis oriatur, & inter quas perſonas: quos habeat effectus: quomodo diſſolvatur.

Triplex de iure obligationis quæſtio. I.
Tria quoque diſtingui obligationum genera; & quæ illa. Accuratior obligationum partitio. II.
Naturalis obligatio quid ſit. Eius explicata definitio. III.
Obligatio naturalis unde æſtimanda. Eam conficit aut ſola cauſa; aut cauſa ſimul, & contrahentis perſona. IV. V.
Cauſa triplex. 1. *nuda pactio; & quatenus. Contraria refelluntur* VI. VII.
2. *Manumiſſio liberti in officialibus operis.* VIII.
3. *Pietatis cauſa in dote filiæ: & quæ hic habenda diſtinctio.* IX.
Beneficium nullam parit in accipiente naturalem obligationem; ſed tantum grati animi officium poſtulat. X.
Cauſa ſimul & perſona naturalem obligationem pariunt, cum iuſta licet contrahendi cauſa interveniente, impedit quominus ſit plena obligatio, debitoris aut creditoris perſona. XI.
Debitoris perſona triplex, triplex item creditoris; & quæ utraque. XII. XIII.
Quando dies aut conditio obligationi civili adiecta civilem plenam, aut naturalem dumtaxat obligationem efficiat. XIV.
Naturalis obligatio quid contineat; quam præſtationem habeat; quo loco tractaverit, & amplius dicturus ſit auctor. XV.
Iidem naturalis obligationis effectus, qui & civilis, ſi una excipiatur actio; & hi aut principales, aut adiectitii & per acceſſionem. XVI.
Principales duo; & qui. XVII.
Acceſſiones obligationis naturalis quatuor; & quæ illæ; & quam vim habeant. XVIII.
Conſtituta naturalis obligatio ſolvitur communibus modis, aut propriis. XIX.
Qui communes modi; qui item proprii. XX.
Modis propriis tollitur naturalis obligatio ipſo iure; ſecus autem civilis; & quæ differentiæ ratio. XX. XXI.

I. POſtquam ergo in hac parte hoc quæritur, quid nobis debeatur, & hoc quod debetur, quomodo obtineri poſſit, utrumque autem ex iure obligationis ſumendum eſt; reſtat, ut ad eam rem de obligationis iure cognoſcatur. Id ut præſtet obligatio, tribus in rebus poſitum eſt, Primum ut ſit conſtituta aliqua obligatio. Tum ut norimus, quid conſtituta contineat, quamve neceſſitatem præſtationis in ſe habeat. Poſtremo ne longius produeamus obligationem, quam eius natura patitur, videamus finiaturne quandoque obligatio; & ſi finitur, quibus modis finiatur. An ſit aliqua obligatio, ex ſuis cauſſis dignoſcitur. Quid contineat, quamque præſtationem habeat, quæſtio eſt de poteſtate & effectu obligationis. Tertium ad interitum & diſſolutionem eius pertinet. Ita fit in ſumma, ut omnis de obligatione quæſtio ad id, de quo quæritur, accommodata, tribus his rebus contineatur, ortu, effectu, interitu obligationis. Qui totidem loci ſunt communes incurrentes in omnem partem iuris noſtri, id eſt, eius quod uſquam noſtrum eſt, ut quæratur quomodo quid acquiratur nobis; quæſitum quale ſit, & quomodo nobis conſervetur, ſeu obtineatur; ad extremum quomodo tollatur, amittatur: ut aliquoties iam ante in aliis partibus monuimus auctore Ulpiano in *L. ult. D. de legib.* Hæc in obligatione non uno & eodem modo continentur, ſed ita ſunt, ut eſt genus & conditio obligationis.

II. Obligationum tria ſunt genera, Naturalis, Civilis nuda, & quæ utramque continet Civilis. Aut ſi malumus rei magis explicandæ cauſa, Civilis ſine re: & Civilis cum re & effectu, ut Ulpianus loquitur de bonorum poſſeſſionibus in *fragmentis Inſtitutionum, Tit. de bon. poſſeſſ.* in fin. Naturalem & civilem obligationem ut genera diverſa ſæpe legimus apud noſtros, & quidem eodem loco; ut *L. fideiuſſor. obligari*, 16. § *fideiuſſor, D. de fideiuſſor. L.* 1. *D. de novat. L. ſervi, D. de obl. & act.* Sed ita in his locis, ut in his civilis obligatio auctoribus

bus dicatur civilis efficax, ut ex ipſis locis patebit: ut proinde videri poſſint ab illis duo hæc tantum ſtatui. Verum quod ex aliis locis conſtat, ſtatuitur a veteribus & genus tertium, nempe civilis obligatio ea, quam civilem nudam & ſine re vocamus: ubi obligatio iure civili contrahitur, & actionem parit, ſed eam, quæ iure prætorio per exceptionem infirmetur. Hoc quidem diſerte in §. *præterea*, *Inſt. de except.* & *L.* 3. §. 1. *D. de pec. conſt.* Sunt ergo hæc genera tria, ut nominibus, ita vi & effectu inter ſe diſtincta. De quibus ſi cui diviſionem ſubtilius, & ex legibus recte diſſerendi artis inſtitui placet, licet ita partiri, ut genera ſumma duo inter ſe oppoſita hic ſtatuantur: quorum unum deinde in alia duo ſubiecta dividatur, atque ita nobis inſtituatur diviſio. Obligationum [1] alia Imperfecta, alia Perfecta. Imperfectam voco, cui ad plenam rei ſolvendæ neceſſitatem aliquid deeſt; puta actio, aut efficacitas actionis. Perfectam, cui ad omnem præſtationis neceſſitatem nihil deeſt: quæ proprie & abſolute dicitur Civilis. Imperfecta duplex: Naturalis tantum, & Civilis nuda. Quæ cum genera ſint duo inferiora, minus recte cum ſuperiore illo æqualiter coniungantur. Sed tamen ſi quis hic numerum generum, non diſpoſitionem conſideret, ſemper recte dicturus ſit, ineſſe hic genera illa tria, quæ ſupra poſui. De quibus deinceps ordine dicatur.

III. Naturalis obligatio eſt, æquitatis & naturæ, ſeu iuris gentium vinculum, quo ita adſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ, ut tamen nulla ſit eo nomine actio iure civili. Æquitatis [2] vinculum vocat Papinianus in *L. Stichum*, 95. §. *naturalis*, *D. de ſol.* Merito, quia eſt a natura, ſeu a iure naturali: unde & nomen. Quidquid autem ex iure naturali, id ſemper æquum & bonum. *L. fen. D. de iuſt. & iur.* Ergo & vinculum [3] iuris gentium. Quo & ipſo iure dicitur debere dari, quod natura debetur, *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* Et hoc recte; quia id vere naturale ius eſt, quod naturali ratione inter homines conſtitutum apud omnes peræque gentes ſervatur. Id autem eſt, quod etiam dicitur ius gentium. *L. omnes. D. de iuſt. & iur.* ut appareat idem eſſe ius gentium, quod naturale, & quod naturale, idem & gentium. Hæc quidem illo modo pro eodem uſurpantur in § *ſingulorum*, *Inſt. de rer. div.* item in §. 1. *Inſt. eod.* iuncta *L.* 1. *D. de acq. rer. dom.* neceſſitas rei præſtandæ ex hac obligatione ſatis indicatur, cum dicitur is natura debere, quem iure gentium dare oportet. *d. L. cum amplius*, §. 1. *de reg. iur.* Nam ut ſupra attigi, verbum *oportere* neceſſitatem habet, & oportet eum dare, non cui dare liberum eſt, ſed qui dare cogitur, & qui cogitur, neceſſe habet dare. Ex hac tamen obligatione ita neceſſe eſt quid præſtare, ut intelligitur neceſſitas [4] cum adiectione, ſeu conſequentiæ, ut vulgo vocant, ſi velit quis æquitati ſatisfacere, quod virum bonum decet, nec turpitudinem contrarii facti in ſe ſuſcipere. Hactenus enim hæc neceſſitas, ut ſi quis quod natura debet, nolit præſtare, nulla ſit eo nomine actio iure civili, qua cogatur. Quæ pars altera eſt definitionis. Et hinc ſcilicet naturalis tantum dicta,

quia

1) Eodem ſenſu Vult. *in pr. l. b. t.* n. 16. & in §. 1. n. 4 aliam ſimplicem facit, aliam miſtam. Cuiac 9. *ad Afric.* in *L. frater a fratre* duo genera ponit, Naturalem & civilem. Bodin. *diſtrib. iur. univ. pag.* 36. qui triplicem facit: Naturalem tantum Iurisgentium, & non naturalem: Naturalem & iurisgentium; Civilem tantum. Incommode.

2) Hæc ut ſimpliciſſima ita veriſſima videtur deſcriptio. Recteque mihi ſentire ſemper viſi ſunt qui fundum huius obligationis, ſolam æquitatem eſſe prodidere; & cum quæritur an naturalis ſit obligatio, nihil aliud ſpectandum quam naturalem æquitatem, an æquum ſit præſtari, Duar. *de O. & A C.* 1. *de Cond. ind. C.* 6. *f.* 908. *Char.* 1. *veriſ.* 19. *per d. L.* 95. §. 4. *&* *L.* 11. §. 2. *de pec.* Æquitas vero illa non tantum in fidei contractibus ſervanda, ſed & alterius præſtationia; Ut ex cauſſa pietatis, beneficii accepti, &c. Contra nec conventio omnis parit obligationem naturalem, (in quo graviter vulgo DD. labuntur ex conſenſu fere hanc obligationem metientes Vaſq. 1. *ill. Contr.* 19. *n.* 19.) ſed ſi æquitate non deficiatur, vid. *N.* 7 Æquitatem autem naturalem requiro, non ſimplicem inſtinctum naturæ. Unde licet bruta ſobolem ſuam alant, foveant, educent, licet fetæ etiam beſtiæ beneficiorum memores probentur, nec tamen illis obligationem naturalem, cum Zaſ. *ad L.* 3 *de l. & l n.* 30. Baroue *ad L.* 1. *d.* 1. *&* *ad L.* 7. § 4. *de pact.* tribuendam cenſeo. Cumque una ſit ac ſimplex æquitas naturalis, unicam quoque naturalem obligationem ſtatuo. Nec vel Bodino aſſentior qui triplicem facit, ut vid. *N.* 1. vel iis qui duplicem, aliam iuris gentium primævi, aliam ſecundarii, ut Dec. & Cagnol. *in L.* 22. *de R. I.* quos refellit Vaſq. *d. loc.* Nec cum Cuiac. *ad L.* 32. *de R. I.* diſtinguo inter obligationem naturalem quæ & ſervis conveniat & iuris gentium quæ non æque. Nec cum Zaſio *d. loc.* inter eam quæ in puris naturalibus maneat, ac ex ſimplici naturæ inſtinctu proficiſcatur ac communis etiam beſtiis: & aliam adſtrictiorem quæ plus vinculi habeat ad civilia, uti quæ ex nudis pactis oritur. Nec cum Coraſ. 6. *Miſc.* 22. *n.* 4. & A. Fab. 8. *Coni.* 5. inter naturalem; (qua factum ipſum ſolum, & promiſſionis ſeu numerationis veritas ſpectetur & iuris naturalis. Nec cum aliis aliter divido aut diſtinguo.

3) P. Fab. *ad d. L.* 84. nullam eſſe naturalem obligationem quæ non ſit iuris gentium, & e contrario. Vacon. 1 *Declar.* 17. vult obligationem naturalem eſſe iuris naturalis hominum (quod aliis ius gentium primævum) quia eſt, ut ait, vinculum æquitatis, quo a natura homo ad proprium obiectum, finemque perducitur; & bonum quoddam, ad quod obſervandum ſponte ſua voluntas impellitur. Dicitur & alio ſenſu mutua obligatio naturalis *L.* 126. §. 2. *de V. O. L.* 50. *ad Treb.* quæ naturali ſeu reali traditione ac facto contrahitur. Giſan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 15.

4) Non abſoluta & vera neceſſitas, ſed ſecundum materiam ſubiectam, Vult *in pr. l. b. t. n.* 15. non quidem violentæ, nec etiam civilis, ſed naturalis ipſius iuris naturæ & æquitatis hominum animis inditæ & cordibus inſcriptæ. Rom. 2. *v.* 15.

quia non eſt civilis. Hoc in *L.* [5] *naturales, D. de obl. & act. d. L. fideiuſſor.* 16. §. *fideiuſſor. D. de fideiuſſ.* Neque tamen hæc obligatio inanis, aut otioſa. Habet enim & ipſa ad rem debitam obtinendam ſuos quoſdam effectus multos & inſignes: quos ſuo ordine mox ſubiiciemus. Prius nobis ipſa obligatio conſtituatur. Sic deinde de vi & poteſtate conſtituta cognoſcamus.

IV. Ubi ſit hæc obligatio, atque hoc vinculum naturæ, ex cauſſa & origine æſtimandum eſt. Etſi enim ex effectis etiam agnoſcitur, atque adeo indicatur nonnullis locis a veteribus, ut cum dicitur naturales obligationes non eo ſolo æſtimari, ſi actio aliqua earum nomine competit, ſed etiam ſi ſoluta pecunia repeti non poteſt. *d. L. naturales, D. de obl. & act. d. L. fideiuſſor, §. fideiuſſor, de fideiuſ.* Tamen hoc tum recte fit, cum iam conſtat conſtitutam eſſe obligationem. De conſtituenda autem hac obligatione, & an aliqua conſtituta ſit huiuſmodi, quærentibus, non poteſt de eo reſponderi ex effectis niſi præpoſtere. Prius enim obligationem eſſe oportet. Sic deinde quæri, quem effectum habeat, ne ante de conditione & iure rei quæratur, quam rem eſſe conſtiterit. Porro ut ſit hæc obligatio [6] cauſſis efficitur, non obligationis effectu.

V. Obligationem naturalem aut cauſſa ſola facit, aut cauſſa ſimul & contrahentis perſona: tempus civili obligationi in re contrahenda legandave adiectum, nequaquam. Cauſſa, cum ea cauſſa eſt, quæ in quaſcumque perſonas inciderit, iure civili actionem non parit; parit tamen obligationem. Huius generis cauſſæ tres; nuda pactio, manumiſſio liberti in operis officialibus, pietatis cauſſa in dote.

VI. Nuda pactio quid ſit, dicetur poſtea ſuo loco in contractibus. Nunc quod ad hunc locum ſatis ſit, hoc dicimus, nudam pactionem non parere obligationem. Sic enim ſcriptum eſt in *L. iuris gentium, §. ſed cum nulla, D. de pact.* ſed hoc ſenſu, ut non pariat eam, quæ proprie ita dicitur: eam ſcilicet, quæ iure actionem parit. Cæterum eius pactionis hanc vim eſſe, ut pariat obligationem naturalem. De quo quia nonnulli dubitant, & hi quidem viri doctiſſimi, atque adeo aperte contra ſentiunt, demus operam, ut prius id nobis confirmetur. Ac tum de obiectione ſuperioris loci, quem illi urgent, poſtea viderimus. Ita eſt, inquam. Parit nuda pactio obligationem naturalem, & hoc eſt: quiſquis pacto nudo [7] promiſit quid alicui ſe præſtaturum; is natura debet, & ei cui pactus eſt, iure gentium obligatur, etsi non item iure civili. Exemplo ſunt uſuræ. Hæ citra ſtipulationem quanvis pacto promiſſæ, iure civili non debentur. *L.* 3. *C. de uſur.* Qua ratione in *L.* 5. §. *Imperator, D. de ſol.* & quæ pacto promiſſæ ſunt, dicuntur indebitæ. Ibidem tamen dicuntur hæ ipſæ ex pacto natu-

5) Immo dictæ leges contrarium probant. Dicuntur enim naturales obligationes æſtimari, ſi actio competit. Reſp. Vacon. 2. *Decl.* 21. *n.* 17. *& ſeqq.* ſic diſtingunt; aut quæritur, utrum eo tempore, quo vivebatur ſolo iure naturæ, nec erat adhuc ius gentium, actio iudicialis data, & negatoria reſponſio eſt, quia nec magiſtratus erant nec iudices. Aut an invento iure gentium ac conditis civitatibus competat exinde actio, atque id affirmatur per *d. L.* 10. *de O. & A. & L.* 84. §. 1. *de R. I. v. oportet.* Opinio erronea, ac tum a mente Iuriſconſultorum qui ad tempus illud non reſpexerunt, tum a iuris ratione & vero, quia ſic naturalis obligatio æquiparatur civili, aliena. Quidam volunt *dd. locis.* obligationem naturalem duplicem innui. Civilem ex qua actio, & puram ex qua retentio, (quomodo fere Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *n.* 5.) Quod diſplicet Hotom. 3. *Obſ.* 2. quia abhorreat a Latina Ulpiani ratione, & a bipartita diſtributione *d. L.* 16 §. 3. *de fideiuſſ.* Quare Hotom. negatione adiecta legit, *non competit* & Goth. in not. *d. L.* 10. voculam *ſolo* tranſponit & locat poſt vocem *verum*, deleta vocula *etiam*. Sed uterque ſententiam pervertit. Quæ ea Hotomanni emendatione inconcinna ac dubio eventu, ea Gothofredi vero falſa, cum ſolum & unicum effectum obligatio naturalis faciat, ſoluti retentionem. Probabilius Val. Guil. Forſt. *Tr. de Pact. C.* 8. *pag.* 205. *& ſeq.* duas notas diſcernendorum obligationum naturalium a civilibus tradi, in *d. L.* 10. *& d. L.* 16. §. 4. (1) Si competit actio, quod tum ſint civiles. (2) Si ſoluti retentio, quod tum ſint naturales. Quia tamen non apprime convenit vocula *verum*, malo cum Giſan. *ib. n.* 3. priorem notam accipere de certis caſibus quibus ea obligatione naturali actio, ut quando pupillus locupletior effectus, &c. vid. infra *N.* 15.

6) Cauſas ſeu modos inducendæ obligationis naturalis, ſic mihi aliquando viſum eſt comprehendere. Oritur naturalis obligatio vel ex conventione, vel citra eam. Ex conventione, quoties ei non omnimodo Lex aſſiſtit ut civilem obligationem pariat. Et vel ex defectu cauſſæ ſeu negocii in pactis nudis, vel ea qualitate, ſeu impedimento perſonæ. Quod aut ab ætate eſt, ubi conſenſus imperfectior in pupillo infante maiore: aut a poteſtate, eaque dominica, quæ facit ne ſervi unquam civiliter obligentur vel obligent; vel patria, ubi fictio unionis impedit obligationem civilem inter patrem & filium fratreſque in eiuſdem ſacris, non autem impedit inter filiumfamiliam & extraneum, excepta cauſſa mutui. Extra conventionem oritur vel ex facto aliquo præcedente, quo tamen non omnino id agitur ut pro eo aliquid certum præſtetur. Cuiuſmodi eſt beneficii acceptio, eiuſque ſpecies Manumiſſio; vel citra illud ea Pietate, ut obligatio ad alimenta & dotem.

7) Duar. *de Cond. ind. C.* 6. *& de O. & A. C.* 2. per verba *L.* 84. §. 1. *de R. I.* cuius fidem ſecuti ſumus. Cuiac. *ad L.* 1. *de pact.* Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *n.* 5. Forſt. *de pact. C.* 8. *pag.* 208 *& ſeqq.* Quod tamen intellige de pacto iuſto. Lopez. *anim. C.* 8. *n.* 11. Recte namque Char. 1. *verſ.* 59. Naturalis ratio omnem etiam temere effutitam conventionem non probat, ſed ad æquitatis normam exigit. Certe ex quavis levi & indeliberata promiſſione quemvis obſtringi nec natura æquum videtur. Quid enim ſi quis ea civilitate dicat: ſum tibi ad obſequia paratus. Omnia quæ habeo tua ſunt. Vid. Vaſq. 1. *ill.* 10. *n.* 10. Quanquam hic forte dici poſſit nec conventionem veram adeſſe, etſi alter accipiat, cum ſola verba non obligent, ſed mens illis expreſſa. Sane cum iniuſto pacto non tollatur obligatio naturalis *L.* 95. §. 4. *de ſol.* nec eodem conſtituitur, per *L.* 35. *de R. I.* Cæterum huc refert Ierem. Setſer. *Lib.* 2. *de Iuram. C.* 5. *n.* 2. iuramentum, ſcribens ex illo quoque obligationem naturalem oriri, quia vim pacti habeat *L.* 35. §. 1. *L. ult. de iureiur.* Sed verius eſt ſi iuramentum ſit iudiciale vel voluntarium, conſenſum utriuſque partis de re controverſa habens, naſci obligationem civilem. Sin promiſſorium per ſe non parit obligationem, ſed pactio illa cui firmandæ adiicitur.

naturaliter deberi. Et ne dubitemus naturalem obligationem illic intelligi cum effectu, & qualem nunc dicimus; adiicitur in extremo, ex pacti conventione datus repeti non poſſe. Quod certum indicium eſt naturalis obligationis. *d. L. naturales, de obl. & act.* Nec minus certum eſt huius ſententiæ argumentum in his ipſis uſuris pacto promiſſis, quod placuit etiam in eam cauſſam pignus obligari poſſe. *L. per retentionem, L. pignorib. C. de uſur.* Conſtat enim pignus accedere non poſſe niſi obligationi; ſi non civili, at certe naturali. *L. 5. D. de pign.* Fatemur in hoc pacto uſurarum non ineſſe obligationem civilem. Ex quo relinquitur, ut ſit naturalis. Hoc ſi in uſuris re alioqui odioſa placet: multo magis in rebus cæteris omnibus pacto promiſſis, recipiendum eſt.

VII. Diſſentiunt tamen [8] Eguinarius Baro, & Franciſcus Connanus moti illis verbis Ulpiani, quæ ſupra retulimus ex *L. iuriſgentium, §. ſed cum nulla, D. de pact.* Igitur nuda pactio, inquit, obligationem non parit, ſed parit exceptionem. Obligationem dixit generaliter. Quo probari volunt [9] omnem obligationis ſpeciem appellatione eius generis contineri, quæ ſpecies ſuperioribus verbis excludatur. *arg. in L. ſi ſervitus, D. de ſerv. urb. præd.* proinde & obligationem naturalem. Sed ſi obligationem intellexit Ulpianus, quæ vere & proprie obligatio eſt, ideſt, eam, quæ actionem parit, an dubitabimus nihil id ad naturalem obligationem pertinere, quæ non proprie obligatio eſt, ſed tantum ita dicitur per abuſionem. *L. fideiuſſor, 16. §. fideiuſſor, D. de fideiuſſor.* Atqui de vera obligatione, & ea quæ actionem parit, ſenſit Ulpianus. Præcedentia declarant, in quibus de iis conventionibus egerat, quæ pariunt actiones. Quibus cum diſſimilem faciat nudam pactionem, nempe in actione, de qua diſſerebat, diſſimilem facere intelligitur, ut neget ſcilicet nudam pactionem parere obligationem, qualem ſupra dixit, ideſt, eam, unde naſcatur actio. Quid, ſi idem ſuperioribus illis verbis etiam naturalem obligationem in pactione nuda nominatim admittit? Et vero admittit, ut iam non locus vel in ſpeciem nos oppugnet, ſed maxime etiam pro nobis faciat. Non enim ſolum dicit Ulpianus nudam pactionem obligationem non parere; ſed addit eam parere exceptionem. Sit ergo nuda pactio in eo, ut quid alteri detur, aut fiat (nam de omni pactione nuda loquitur.) Illo auctore hæc pactio exceptionem pariet. Quod nihil aliud eſt, quam ſi ex ea cauſſa ſolutum ſit ei, cui ex pacto dari debuit, habere eum exceptionem pacti, vel doli mali, qua inhibeat ſoluti repetitionem quamvis per errorem ſoluti. Quod ſi ita eſt ſuberat pactioni obligatio naturalis. Hæc enim eſt, quæ indebiti per errorem ſoluti repetitionem impedit. *L. naturales, D. de obl. & act. L. ſi pœnæ,* in pr. *D. de cond. ind.*

VIII. Ex manumiſſionis cauſſa libertus patrono operas officiales natura debet. *L. ſi non ſortem, §. libertus, D. de cond. ind.* Non debet iure civili. Nullæ enim operæ niſi promiſſæ a liberto, peti poſſunt. *L. operis, L. qui libertus,* in pr. *D. de op. lib.* Placet tamen ut dixi, deberi pro officio manumiſſionis. Quo fit, ut ſublata civili obligatione, relinquatur hic ſola naturalis. Æquitas obligationis ex [10] beneficii magnitudine. Nam libertas inæſtimabilis res eſt. *L. libertas, D. de reg. iur.* Quo nomine exiſtimatur libertus quidvis debere patrono, dum tamen præſtetur ut patrono. Quo in numero ſunt operæ officiales, non artificiales ſeu fabriles. De quibus generibus ſupra diximus ſuo loco *Lib. 2. Cap. 18.* Et hoc eſt, cur in *d. L. ſi non ſortem, §. libertus, de cond. ind.* ſignificetur, non quaſvis operas natura patrono deberi, ſed tantum officiales, non fabriles: dum declaratur, illis patrono ſolutis, nihil eo nomine

8) Connan. 5. *comm.* 1. Baro *in L. 1. §. 2. de V. O.* in verbis, *nec naturaliter obligatur* per ea verba, & ad *princ.* 1. *Quib. mod. re Contr.* & ad *L. 7. §. 4. de pact.* ubi tamen admittit obligationem naturalem deſcendentem ex iure naturali, quod ſemper bonum ac æquum, oriri ex pacto, ſed eam iure gentium effectum non habere ad ſoluti retentionem, nec compenſationem parere. *& Lib. 3. de divid. & individ. Obl.* C. 11. quia in legibus quæ de obligatione naturali, nuſquam pacti nudi mentio ſit, ſed exemplum adducatur ſervi deportati, pupilli, &c. His nove acceſſit Giſan. *ad L. 14. de O. & A. n.* 20. argumentis his & maxime infirmis. (1) Quia nulla lege id probetur, (quod falſum.) (2) Ut nudo conſenſu obligatio oriatur in certis negociis, receptum *L. 1. de Rer. permut.* (Sed loquitur de obligatione civili.) (3) Quia ad obligationem naturalem requiratur cauſſa civilis, per *L. 49. §. ult. de pecul.* (cuius longe alius ſenſus, vid. Goth. ibid.) (4) Quia in Tit. D. & C. *de pactis* inter effectus pactorum hæc non recenſetur, quæ tamen eſſet præcipuus effectus & maior quam exceptio. (Ad quod parata eſt Reſp. ex iis quæ hic noſter.)

9.) *Ita &* A. Fab. *in rational. ad d. §. 4.* Forſt. *de pact.* C. 8. *pag.* 216. Diſſentit etiam Charond 1. *veriſim.* 19. putans verba illa *d. §. 4.* excludere omnem obligationem. Si quam obligationem naturalem ex pacto nudo æquitas producit, illam non ex ipſo pacto, ſed ex æquitate naſci. Quæ non placent. Æquitas quidem ſola ſuſtentat obligationem naturalem, vid. ſupra *N.* 2. plures tamen iique diverſi eius inducendæ modi, inter quos & pactum. Sic obligatio civilis eſt vinculum iuris, & iure ac legibus roboratur: recte tamen ex contractibus oriri dicitur. Quod ſi Charondæ opinio vera; pari ratione dicendum foret: Si obligationem civilem ex contractu leges producant, illam non ex contracto, ſed ex iure ſeu legibus oriri.

10) Species igitur hæc beneficii accepti, ut vel hinc conſtet vere naturalem obligationem vocari, quæ ex beneficio. Vid. *Not.* 24.

mine condici poſſe: his ſolutis, condici poſſe æſtimationem.

IX. Pietatis cauſſa obligationem naturalem babet in parentibus, qua illi obſtringuntur ad dotem filiæ dandam. Hi ſi filiam habent in poteſtate, coguntur lege Iulia per præſides provinciarum eam in matrimonium collocare & dotare. *L. capite*, 19. *D. de ritu nupt.* Quæ non naturalis tantum obligatio eſt, ſed civilis. Quod ſi in poteſtate non habent, ut ſi filia ſit emancipata, aut ſi ſit mater a qua dos poſtulatur: ad eos quidem lex ſuperior non pertinet: ut hic nulla ſit adverſus eos eo nomine actio. Sed nihilominus [11] pietatis iure dotem filiæ debere exiſtimantur. Proinde [12] natura, ſeu iure gentium; a quo pietas & caritas. *L.* 2. *L.* 3. *D. de iuſt. & iur.* Hinc natura debitum: hinc naturalis obligatio. Id ſignificat Iulianus in *L. cum is, §. penult. D. de cond. indeb.* cum ita ſcribit, *ſi mulier in ea opinione ſit, ut credat ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit*. Et addit: *ſublata enim falſa opinione, relinquitur pietatis cauſſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt*. Etſi igitur initio de muliere generaliter loquitur: tamen ratio ſubiecta declarat ſentire eum de muliere, in quam [13] cadit pietas, quod eſt proprium parentum erga liberos in dote danda. De matre ergo loquitur, quæ ſe credat obligatam pro dote; intellige filiæ ſuæ, erga quam ſit illa caritas, quam nominat. Cum autem hanc mulierem negat repetere, quidquid dotis nomine dederit etiam per errorem exiſtimans ſe obligatam: ſatis indicat illam obligationem naturalem, quam hic ad dotem dandam ſubeſſe diximus. Solutum enim repetere non poſſe, unum eſt & præcipuum ex iis effectis, quæ ſunt propria naturalis obligationis, & quod ad hanc obligationem indicandam a veteribus uſurpari ſolet. *d. L. naturales, de oblig. & act. d. L. fideiuſſor, §. fideiuſſor, de fideiuſſ.*

X. Quæſitum eſt, utrum in hoc numero haberi debeat, beneficii accepti cauſſa; id eſt, an qui beneficium accepit, obligetur danti naturaliter ad id reddendum, ſitque ea obligatio naturalis, quam nuno quærimus, quæ ſcilicet admittat effectus eos, qui poſtea ſequentur. Et hoc quidem prima fronte quibuſdam locis traditum videtur. Nam in *L. ſed etſi*, 25. §. *conſuluit*, *D. de her. pet.* diſerte ſcriptum eſt, eos qui donaverint, accipientem ad remunerandum ſibi naturaliter obligaſſe. Scriptum præterea in *L. ſi pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* eum qui quid largiatur, quanvis ex alieno, beneficii debitorem ſibi acquirere. Si debitor beneficii, qui beneficium accepit, neceſſe eſt civiliter debeat, aut naturaliter. Civiliter eum non obligari inter omnes convenit. Relinquitur igitur, ut debeat & obligetur naturaliter: quomodo nunc obligationem naturalem accipimus. Sed verius eſt, quod & vulgo probatur, nullam hic naſci naturalem obligationem, qualem nunc dicimus, id eſt eam, quæ civiles effectus ullos habeat ex his, quos ſubiicimus. Non valere puta ad indebiti ſoluti retentionem, ſi quid is, qui donatum accepit, putaverit aliquid viciſſim pro eo promiſſum eſſe, & ſolverit per errorem facti. Non valere item ad compenſationem eius ſummæ, quam donator donatario debeat. Denique ſi generaliter & aperte dicendum eſt, nulla hic ſimpliciter & abſolute obligatio naſcitur, ne naturalis quidem. Quod multa confirmant. Primum uſus loquendi omnium etiam iuris auctorum: quibus qui beneficio aut munere accepto beneficium reddit, dicitur remunerari, & dare ἀντίδωρον *d. L. ſed etſi, §. conſuluit. L. ſi remunerandi.* 6. *L. ſi vero.* 12. in princ. *D. mand.* Eſt autem remunerari mutuo donum dare, quo donum dono penſetur. Nam munus donum eſt. *L. inter. L. munus. D. de verb. ſignif.* Quod multo apertius exprimit verbum Græcum ἀντίδωρον, & ἀντιδωρῆσαι. Donat igitur, qui remuneratur, & beneficium reddit. Quod ſi ita eſt, iiſdem auctoribus nihil utique ante eo nomine debuit ne natura quidem, qui beneficium acceperat. Intelligitur enim donari id quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari*, 29. *D. de don. L. donari. D. de reg. iur.* Nullo iure, id eſt, neque civili, neque naturali. Unde quod natura debitum datur, non donari, ſed ſolvi dicitur, atque adeo aperte negatur donari in *L. hoc iure.* 19. *§. pen. D. de don.* Sed huius rei argumenta certiora ex conditione obligationis, cum a re debita, tum a propoſito dantis. A re hoc modo. Ut nulla ſine re, quæ debeatur, obligatio eſſe poteſt: ita & rem in obligationem deductam ita certam

tam

11) Immb quævis obligatio parentum ad dotandam filiam, item ad alendos liberos naturalis eſt, non civilis, vid. infra ad huius *Lib. Cap.* 4. *Not.* 2.

12) De quo vid. P. Fab. 2. *Semeſt.* 1. *pag.* 6. *&* 7. *&* 9. *Semeſt.* 13.

13) Ita & Hotom. 3. *Obſ.* 2. recte animadvertiſſe Bartolum Iuriſconſultum de ea muliere loqui, in qua pietatis nomen locum habeat, matre videlicet vel avia. Aliud enim eſt in extranea *L.* 9. §. 1. *de cond. ca. da.*

tam eſſe oportet, ut ſi plane incertum ſit, quid quantumve debeatur, nulla ſit etiam tum obligatio. *L. triticum*. 94. *L. ita ſtipulatus*, 115. in pr. *D. de verb. obl.* At qui beneficium aut donum accepit, ut maxime quis fateatur eum obligari ad remunerandum: nullam tamen ad rem certam reddendam obligatur; ſed ut reddat vel idem, vel operam, vel animum ſaltem gratum, quem verbis aut officiis declaret. Qui quidem animus plerunque donanti, alioqui forte diviti, aut potenti, quavis remuneratione gratior eſt. Nulla igitur hic obligatio neque ad exigendum, neque ad retinendum quidquam, quod a donatario per errorem ſolutum ſit: ubi dici non poſſit hæc aut illa res debita fuiſſe, quæ aut exigeretur, aut tanquam debita ſoluta retineretur. A propoſito dantis etiam hoc argumentum certius, Nunquam ullius rei datio obligat eum, qui accipit, ubi non id [14] agitur dando, ut obligetur. *L. non omnis*. *D. de reb. credit.* At qui donat, non eſt hoc animo, ut accipientem ſibi obliget, aut ut quidquam ſibi eo nomine reddatur, præter animum gratum: ſed contra ne quid reddatur, cum ſit hoc animo, ut liberalitatem & munificentiam exerceat. *L.* 1. *D. de don.* Quare non obligatur donatione, qui accipit. De iure civili non ambigitur. Sed loquor etiam de iure naturali. Cuius æquitas hæc eſt in iis, quæ conſenſu geruntur inter aliquos, ut conventio ſervetur: id eſt, ut ſi convenerit, ut quis quid præſtaret, eo nomine obligetur, ſeu id præſtare debeat: rurſum ſi hæc ſit conventio, ne quid cogatur præſtare, ne obligetur. *L.* 1. in princ. *D. de pact.* Neque vero adverſantur huic ſententiæ ſuperiores loci licet in ſpeciem contrarii. Qui beneficium & donum accepit, obligatur, inquit Ulpianus naturaliter. *d. §. conſuluit*, ſed addit *ad remunerandum*. Vel ipſum remunerationis verbum oſtendit non obligari cum ſimpli-

citer

14) Conſentit noſtro Duarenus *de O. & A. Cap.* 2. quia omnis obligatio naturalis ſaltem quoad propoſitum & voluntatem contrahentium neceſſariam præſtationem habeat, & de *Cond. ind. Cap.* 6. Non eſt hoc, inquit, ſimile pacto convento. Turpe eſt prudenti petere *dorideya*. Sed pacto promiſſum, non inhoneſtum eſt exigere ac de fide rupta conqueri. Balduin. *ad. pr. l. de auct. tut. n.* 12. hanc obligationem non iure gentium niti, ſed tantum ex naturali honeſtate proficiſci, ac plane inefficacem eſſe ſive ad retinendum ſive ad petendum. P. Fab *ad L.* 84 *de R. I* Connan. 1. *Comm.* 6. *n.* 13. accipit *d. L.* 25. §. 11. de prima naturæ lege, quæ ad honeſtatem pertinet, non quæ neceſſitatem habet iuris gentium. Eandem de ſimplici naturæ inſtinctu intelligit *Zaſ. ad L.* 3. *de I. & I. n.* 30. & Alex. Picen. *in Rub. l. de Obl.* de Philoſophica potius, quam legitima Giſan. *ad L.* 11. *de O. & A. n.* 11. quia nulla iure gentium ingrati actio, alioqui, ut Seneca 3. *de benef.* 6. nulla fora ſufficerent De ea quæ ex honeſtate ac debito morali oritur Menoc. *Li.* 1. *præſumpt. Q.* 80. *n.* 20. de brutis communi *Zaſ. d. lo.* Baro *ad L.* 1. *de I. & I.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 67. de impropria Vaſq. 1. *ill. Controv.* 9. *n.* 3. Verum quicquid hi velint ſicuti ſupra *Not.* 2. unam eſſe obligationem naturalem, quam ex æquitatis regulis metiamur, firmavi, ita & hic verum æquitatis vinculum oriri puto, & obligationem iuris gentium. Covar. *in C. cum eſſes* 7. *extra de teſtam. n.* 28. *& ſeqq.* P. Fab. 2. Semeſtr. 1. *pag.* 6. Sc. Gent. 1. *Parerg.* 3. A. Fab. 41. *Err. prag.* 6. Unde hoc genus permutationis vocatur, *d. L.* 25. §. 11. Ac remuneratio merces quædam & pretium officii *L.* 34. §. *ult. de donat.* ideoque nec mera donatio *L.* 27. *de donat. L.* 12. *pr. Mand. & per. L.* 19. §. *pen. de donat.* Cuiac. *ad L. donari* 82. *de R. I.* Quiſque igitur, beneficio quocunque (ſive in largitione pecuniæ, ſive in facto & officii præſtatione, ac gratificandi ſtudio; vid. Ariſt. 4. *Eth.* Senec. 2. *de benef.* 9 conſiſtat, ut ſi quis abſentis negocia ex bona fide & utiliter geſſit, ſi eius defenſionem ſuſcepit, &c.) affectus ad gratitudinem beneficienti obſtrictus eſt. Quæ tamen obligatio non eo tendit ut æquivalentem ſemper remunerationem donatarius vel beneficio affectus rependat. Turpe namque & dignæ liberalitati contrarium pro beneficio pretium exigere, ut recte Duar. *dd. loc*: & Gœd. *ad L.* 52. *pr. de U. S. n.* 14. Nec convenit beneficia in Calendario, ſive libro rationum, inſcribi. Peſſima certe legibuſque exoſa & inviſa illa captatio. Quæ & cauſſa captatoriæ inſtitutionis ac legati reprobandi; vid ſupra *Lib.* 6. *C.* 19. Sed grato ſæpe animo contenta eſt. In eoque conditio perſonarum, & a quo, & in quem collata ſint merita, ſpectanda, omneque iſtud ex re æſtimandum. Unde ſi egenum vir dives & munificus muneratus ſit, ius naturale in animo grato, officiis & obſequiis teſtato, contentum erit. Omninoque tenendum hic illud Cic. *pro Cn. Plancio*, diſſimilem eſſe debitionem gratiæ ac pecuniæ. Quod ſi bene ſactum ſit alteri, qui rependere poſſit ei illud *eiuſd.* 1. *offic.* tenendum. Imitari nos debere agros fertiles, qui multo plus afferunt quam acceperunt. Et Servit ad illud

Virg. 1. Æn.

. . . . *Ac memor ille*
Matris Acidaliæ. . . . . . .

Maiores noſtros ſcienter tres gratias depinxiſſe, ut una averſa, duæ nos reſpicerent, ſic docentes profectam a nobis gratiam duplicem reverti debere, id eſt, remunerationem non ad calculos acceptorum & expenſorum revocandam, ſed cumulatiorem menſura rependendam; ceu refert Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donat largitus n.* 85. Quæ qui non conſiderat, multoque magis ſi bene facta male factis compenſet, eum non tantum contra communes naturæ inſtinctus, qui ei qui bene fecit, bene velle iubent; ſed & contra ipſum ius ac æquitatem naturalem delinquere ſtatuo. Qui autem effectus huius obligationis & quæ inde præſtandi neceſſitas; *vid. not. ſeq* Quibus ita politis non obſiſtunt rationes Donelli noſtri. Ad 1. Reſp. Regula *d. L.* 29. loquitur de donatione ſimplici, quæ fit ob nullam cauſſam, niſi munificentiæ exercendæ *L.* 1. *pr. de don.* Hæc autem non eſt talis nec proprie donatio, ut ſupra. Ac licet remuneratio ſignificet mutuam donationem, tamen ipſa vox *mutua* arguit donationem hanc cauſſam habere, ideoque, nec proprie ſic vocari. Quin etſi donatio vocaretur ſæpius, ut vocatur in *L.* 34. §. *ult. de don.* nihil hoc obſtaret. Quia & mortis cauſſa donatio, quæ ubique ita appellatur proprie non eſt *d. L.* 1. *pr.* Ad 2. Reſp. dictæ leges loquuntur de obligatione civili, quam tamen non omnis incertitudo vitiat, vid. *infra Li.* 15. C. 1. Deinde licet hic in theſi & generatim difficilis ſit definitio, quid ex beneficio debeatur, arg. *L* 32. *pr. de uſur.* in hypotheſi tamen hoc, ſecundum qualitates & circumſtantias, certum ſemper ſaltem natura. Quæ certitudo ſufficiet. Quod ſi hic incerta res debita; magis quoque, certe non minus, incerta erit in ſpecie *L.* 32. §. *pen. de Cond ind.* in qua naturalem obligationem noſter agnoſcit, *ut h. Cap. n.* 9. Ad 3. Reſp. *d. L.* 19. loquitur de obligatione civili & quæ ex contractu, nec extra cauſſas conventionum trahenda. Nam nec manumittentis hoc propoſitum ut operæ non promiſſæ præſtentur. Nec in obligatione dotis ac alimentorum, huiuſmodi actus, tale propoſitum eius cui obligatio quæſita eſt continens, reperitur.

citer, ſed ſub conditione, ſi quid præſtare volet. Quoniam, ut dixi, remunerari eſt donare. Non donat autem, niſi qui pro arbitrio ſuo dat, ut ſi nolit quidquam dare, nulla ſit obligatio etiam naturalis. Sub hac autem conditione, ſi volam, nulla omnino contrahitur obligatio: cum pro non dicto ſit, quod dare, niſi velim, ex conventione cogi non poſſim. *L. ſub hac. D. de obl. & act.* Non moveor, quod ibidem dicitur, qui beneficium accepit, utcumque obligetur ad remunerandum, tamen naturaliter ad id ipſum obligari. Nam remunerationis verbo ita poſtulante, *naturaliter* illic accipere non debemus naturali ratione, ex qua eſt obligatio naturalis, quam quærimus, veluti ex pacto: *d. L.* I. in princ. *de pact.* ſed naturaliter, ut ſit, ſenſu & affectu omnibus hominibus naturaliter, ſeu a natura inſito, ut qui beneficium acceperunt, bene affecti ſint erga eos, qui dederunt, & primo motu ita animati, ut cupiant beneficium rependere. Unde omnes, niſi ſi qui ſint plane duri & inciviles, beneficio accepto agunt gratias, & ſe gratos futuros pollicentur. Naturaliter eodem ſenſu, quo alibi dicitur ab eodem Ulpiano naturalis hominum facilitas ad diſſentiendum, *L. item ſi unus*, 17. *§. principaliter*, *D. de recept.* Idem reſpondemus de eo, quod dicitur, eum qui beneficium accepit, beneficii debitorem eſſe. *d. L. ſi pignore*, §. I. *de furt.* Debitor hic eſt; verum non ſimpliciter, ſed beneficii debitor. Hoc autem nihil aliud declarat, quam eum ita debitorem eſſe, ut ſunt ii, qui beneficium acceperunt, id eſt, ad remunerandum. Iam autem dixi in hoc verbo ineſſe conditionem, ut reddat si velit; si nolit, nullo iure cogatur.

XI. Cauſa ſimul & perſona obligationem naturalem facit, cum inter aliquos obligatio contracta eſt ex iis cauſſis, ex quibus alioqui inter capaces actio iure civili naſcitur, ſed in ea cauſſa de qua agitur, unius ex reis perſona impedit, quominus naſcatur. Quibus ex cauſſis naſcatur actio, dicetur poſtea in civili obligatione plena. Ex his cauſſis naſcitur etiam ſimul naturalis obligatio. Quo fit, ut ſi qua in cauſſa ex his eveniat, ne naſcatur actio, ſeu obligatio civilis, hac ſublata ſaltem relinquatur obligatio naturalis, quam nunc quærimus. Ne autem naſcatur actio, facit ſæpe unius ex reis perſona: alias debitoris, cum non eſt is, cum quo agi poſſit: alias creditoris, cum is non eſt, qui poſſit agere.

XII. Debitores, cum quibus nulla ſit actio, quanvis ex legitima & civili cauſſa rem gerentibus, tres ſunt; ſervus, pupillus, filiusfamilias in pecunia credita. Servi ex contractibus non obligantur civiliter; utpote iure civili pro nullis habiti. *L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Sed naturaliter & obligantur promittentes, & obligant eos, qui promiſerint. *L. ſervi*, *D. de oblig. & act.* Quandoquidem iure naturali omnes homines æquales ſunt. *d. L. quod attinet*, *de regulis iur.* Pupillus iure civili ſine tutoris auctoritate non obligatur. *L. obligari*, *D. de auct. tutor.* Idem ſi intelligens quod agitur contraxerit, obligatur naturaliter. *L. ſi pupillus*, 127. *D. de verbor. oblig. L.* I. in fin. *D. de novat.* Negatur hoc quidem in *L. quod pupillus*, *D. de cond. indeb. L. pupillus*, *D. de oblig. & act.* quibus in locis diſerte ſcriptum eſt, pupillum nec natura debere, nec naturali iure obligari. Sed de eo dicetur poſtea in perſonis eorum, qui iure civili obligari non poſſunt. Filiusfamilias mutua pecunia accepta, iure civili non obligatur, propoſita ſenatuſconſulto Macedoniano adverſus eius pecuniæ actionem perpetua exceptione. *L.* I. *L. ſed ſi paterfamilias*, 9. *§. ultimo*, *D. de Senat. Macedon. L. qui exceptionem*, 40. *D. de cond. indeb.* Nec quidquam intereſt, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil intereſt*, *D. de reg. iur.* Natura tamen obligatur filiusfamilias ex ea cauſſa. Nec obſtat exceptio: quoniam ſic illa per occaſionem perſonæ filiifamilias inducta eſt, ut non tam ideo inducta ſit, quo ille exoneraretur, quam ut hac pœna afficeretur, qui pecuniam credidit. *d. L. ſed ſi paterfamilias*, in fin. & *L. ſeq. de Macedon. L. ſi pœnæ*, 19. in princip. *d. L. qui exceptionem*, *D. de cond. indeb.*

XIII. Ut ex perſona creditoris non ſit actio, dum is agere non poteſt, toties accidit, quoties res agitur inter eos, inter quos non poteſt iure civili naſci actio. Non poteſt autem naſci ex ulla cauſſa inter dominum & ſervum. *§. hi qui. Inſt. de oblig. quæ ex delict.* Et ideo ſi quid dominus promittat ſervo, eſt hæc quidem cauſſa, ex qua obligatio naſcitur inter alios: & perſona domini ea, quæ obligari poſſit aliis. In hac tamen cauſſa non obligatur civiliter ſervo; non propter ſe, ſed propter creditorem ſervum, qui adverſus dominum habere actionem non potuit; utpote nullus iure civili. *d. L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Sed nihilominus obli-

obligatur dominus ſervo naturaliter; cum, ut dixi, iure naturali omnes homines æquales ſint. *L. ſi quod dominus*, 64. *D. de cond. ind. d. L. quod attinet, de reg. iur.* Ita fit, ut remota civili obligatione in hac ſpecie, ſuperſit ſola naturalis. Similiter & inter patrem & filium, qui in patris poteſtate eſt, non naſcitur actio: ſed in iis bonis, quæ patri acquiruntur, non etiam quæ filio. *d. §. hi qui, Inſt. de obl. quæ ex del. L. lis nulla, D. de iud.* Verumtamen ſi quid inter ſe contraxerint, actione inter illos ſublata, multo magis inter eos naturalem obligationem conſiſtere dixeris; ſive pater debeat filio, ſive filius patri. *L. frater*, 38. *§. ult. D. de cond. ind.* Eadem cauſſa duorum fratrum, qui in eiuſdem patris poteſtate ſint, ſi quid inter ſe contrahant in his bonis, quæ patri acquiruntur; ut quoniam quæcumque hinc actio eſt, ea acquiritur patri, nec patri adverſus filium eſſe poteſt, ideo nulla hic ſit actio: ſed nihilominus obligatio naturalis contrahatur. *d. L. frater*, 1. reſp. *de cond. ind.* De his perſonis nunc dixi brevius, huc ſpectans, quod erat proprium huius loci, ut intelligeretur, quando inter eas perſonas conſtitueretur ſola obligatio naturalis. De quo amplius infra ad *L. frater, de cond. ind.* Nam illud, an hæ perſonæ non obligentur civiliter, & cur non obligentur, alius locus mihi conſtitutus eſt ad dicendum, ubi ſcilicet agetur de civili obligatione, quæreturque in eo genere, quæ perſonæ ex contractu obligari poſſint, aut non poſſint.

XIV. An tempus civili obligationi in re contrahenda, legandave adiectum naturalem tantum obligationem faciat, dubitatum eſt. Et facere quis dixerit, cum quid promiſſum eſt in diem. Nam ante diem deberi conſtat. *L. cedere, D. de verb. ſignif. L. centeſimis*, 46. *D. de verb. oblig.* Atqui præſente tempore inſpecto, non videtur deberi civiliter, peti enim non poteſt: *d. L. cedere, §. omnis, Inſt. de verb. obl.* in hac autem petitione effectus civilis obligationis cernitur. Reſtat igitur, ut qui interim non tenetur civiliter, obligetur ſaltem natura. Sed verius eſt, quod ſcripſi ad *L. eum qui calendis*, 41. *§. ult. D. de verb. oblig.* eum qui in diem promiſit, obligari ante diem & natura & iure civili: quia ſi præſentem ſtatum ſpectamus tantum, nihil debetur propter conventionem, quæ diem expectari iubet; ſin eventum, eiuſque certitudinem, tum vere utroque iure dixerimus deberi, quia utrumque certum facit, aliquando peti poſſe. Utcumque eſt, horum utrumque facit, ut ante diem ſolutum, uti interim debitum, repeti non poſſit. *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* Diei vim, eumdemque effectum habet conditio adiecta, quam certum ſit omnino extituram. Veluti cum moriar, decem dabis? *L. ſub conditione*, 16. & 2. ſeqq. *D. de cond. ind.* Illa plane tempora vere obligationem naturalem relinquunt, quæ obligationi pure ab initio contractæ, caſu poſtea iniiciuntur, ut ſunt, dies poſt obligationem pure contractam ad ſolvendum pacto datus a creditore debitori. Unde exceptio temporalis pacti ex æquitate naturali edicti de pactis. *§. temporalis, Inſt. de excep.* Item ſpatium ſolvendi quibuſdam perſonis humanitatis cauſſa lege indultum: ut tempus iudicati. *L. cum militi*, 16. *§. ult. D. de compenſat.* Ut quod datur marito & ſimilibus, ne ultra id quod facere poſſunt, conveniantur. *L. quod nomine*, 8. & *L. ſeq. D. de cond. ind.*

XV. Conſtituta inventaque obligatione naturali, quæretur quid contineat, & quam neceſſitatem præſtationis habeat. Et quid contineat, id eſt, quis ex ea obligatione, cui, quid debeat, & quomodo, in prioribus illis cauſſis tribus, pacto, operis officialibus, dote, ſatis intellectum eſt ex iis, quæ de ſingulis diximus: ſi modo de pacto hoc addiderimus, eum ex pacti cauſſa debere, qui paciſcitur ſe daturum aut facturum: deberi ei cum quo paciſcitur: deberi id, quod in conventionem deductum eſt, & cætera ineſſe ex conſenſu. In poſteriore autem genere, ubi perſona cum cauſſa concurrit, qualia hæc ſint, quæ dixi, indicatum ſatis ex eo, quod huius generis obligationem naturalem naſci diximus ex iis cauſſis, ex quibus actio oritur. Nam hæ quæ ſint, & quid contineant, ſcietur poſtea ſuo ordine. Nempe ergo hoc monemur, quid hic illarum cauſſarum proprium ſit, inde petendum eſſe, & in hoc genere eſſe intelligendum.

XVI. Reſtat neceſſitas & effectus huius obligationis ad rem obtinendam, quæ hinc debetur. Et generaliter recte definiemus, quicumque civilis obligationis iuſtæ & ad exigendum efficacis effectus ſunt, eoſdem eſſe & naturalis obligationis, una actione dempta, quæ recta ex ea obligatione naſcatur. Ex naturali obligatione actionem non competere conſtat. Inde enim dicitur tantum naturalis. *d. L. naturales, de oblig. & act. d. L. fideiuſſor*, 16. *§. fideiuſſor, de fideiuſſor.* Sed quicumque alii veræ obligationis effectus ſunt, iidem

ſunt & obligationis naturalis. Quo in numero ſunt ſex. Ex quibus quidam [15] principales, quidam per acceſſionem.

XVII. Principales duo, ſoluti retentio, & compenſatio, quos effectus principales dicimus, quia naturalis obligatio hos ſemper ſecum habet, etſi nihil poſtea obligationi accedat unquam. Valet ergo naturalis obligatio ad ſoluti retentionem. Et hoc eſt: Quidquid indebitum ſolutum eſt per errorem facti, repeti poteſt, ut dicetur in condictione indebiti. Indebitum accipe, quod omni iure indebitum eſt, & iure civili, & natura. Si quid vel natura debitum erit, ſolutum quovis modo repeti non poterit. Eſt enim vere debitum, quia debitum natura. *d. L. naturales, de obl. & act. d. L. fideiuſſor §. fideiuſſ. de fid. L. ſi pœnæ. L. ſi quod dominus, D. de cond. ind.* Etiam quod natura debetur, venit in compenſationem. *L. etiam, D. de comp.* Ut puta, debeo tibi centum mutua. Tu vel ante vel poſtea pacto nudo ex alia cauſſa centum item alia pollicitus es te daturum. Hæc civiliter indebita, ſed debita naturaliter, ut ſupra dixi, iure tecum penſabo: ut quod actione a te conſequi non potui, id te agente per compenſationem teneam etiam ab invito.

XVIII. In acceſſionibus naturalis obligatio in univerſum hanc vim habet. Quæcumque obligatio, ſi obligationi civili firmandæ accedat, valet, eadem ſimiliter ſi naturali obligationi acceſſerit, conſiſtet, ut exinde debitum natura incipiat peti poſſe, aut alio modo retineri, quod prius non poterat. Hæ acceſſiones ſunt quatuor quas eaſdem admittit obligatio naturalis; conſtitutum, fideiuſſor, pignus, novatio. Quæ quid ſint exponetur poſtea ſuis locis. Nunc tantum de iure naturalis obligationis cum iſta acceſſerint, quærimus. Sic ergo iſtarum rerum ius eſt. Quod natura debetur, ſi quis conſtituat ſe ſoluturum, valet conſtitutum, & tenetur de pecunia conſtituta; quod tamen utiliter conſtitui non potuit, niſi vere eſſet debitum. *L. 1. §. pen. §. ult. D. de pec. conſt.* Fideiuſſor cum obligari non poſſit, niſi principali obligationi accedat, tam utiliter naturali obligationi accedit, quam civili, ut iam ab eo peti poſſit natura debitum, quod a reo principali non poteſt. *d. L. fideiuſſor obligari, 16. §. fideiuſſor, D. de fideiuſſor.* Eadem cauſſa pigno-

gno-

15) Hac de re ſic ſentio. Effectus naturalis unicus, iſque omni naturali obligationi æqualis. Neceſſitas ſo vendi, non civilis, legis aut iudicis imperio, ſed naturæ iuſſu impoſita. *Cui qui non paret, ipſe ſe fugiet*, &c. Cic. 3 *de Rep.* vide *ſupra ad C. 7. Lib. 1. N. 1.* Civiles vero varii & diſpares. Aliquando enim Lex nullo modo aſſiſtit, interdum aſſiſtit, & vel plenius, vel aliquatenus tantum prout illud expedire, ac civium utilitati convenire animadvertit legislator. Utilitas enim ſcopus eſt iuris civilis, uti æquitas iuris naturalis, Mathæac. 1. *de via. iur. C. 9. n. 5.* Si Lex penitus non adſiſtit, nihil operatur, niſi ut qui præſtat quod debet, bona fide agnoſcens, non plane indebitum ſolviſſe, ſed potius neceſſitate naturali ſe exſolviſſe, æquitati ſatisfeciſſe & iuri naturæ paruiſſe videatur. Exempla in interceſſione mulierum, ubi licet obligatio naturalis oriatur: in ea enim res ſic æſtimatur, ac ſi nunquam ius civile latum eſſet; nullus tamen inde civilis effectus *L. 40. de Cond, ind.* in tranſactione alimentorum SCto probibita *L. 23. §. 2. de Cond. ind.* Denique ut Vaſq. 1. *Contr. u'u freq.* 10. *n.* 2. etiam ex contractu legibus vetito oritur naturalis obligatio, tametſi effectuum, quos lex accommodavit, nullum habeat. Recte, ſi ponas huiuſmodi contractum, quem naturalis æquitas non deficit, ut uxoris ſine licentia mariti iure Hiſpanorum, quod exemplum habet Vaſq. vel mulieris ſine conſenſu Curatoris iure Saxonum. Sic obligationem ad remunerandum Lex regulariter fere ab omni auxilio nudam relinquit. Unde tametſi ſi ſciens quis remunerationem præſtiterit, mercedem exſolviſſe cenſetur *L. 34. §. ult. de don.* & per *L. 6. pr. Mand* ubi *honor* ſignificat mercedem, per ea quæ *infra Lib.* 18. C. 3 ac quod dedit, repeti ea nulla cauſſa poteſt *d. §. ultim.* ſi tamen probabili facti errore, ei a quo beneficia aliquis agnoſcit, pecuniam, ceu ex cauſſa civili debitam ſolverit, Lex retentionem non indulget, repetitionemve denegat. Neque enim contemplatione illius beneficii vel iſte præſtitit vel hic accepit. Improbeque faciet qui ideo ſe in alium beneficium antea contuliſſe dicet, tantundem ut, vel ab ignorante reciperet. Genus hoc eſt viſcati & hamati beneficii. Nec continuo ingratus, ac ius gentium, virtutumque officia deſeruiſſe cenſendus, qui pecuniam ex cauſſa forte emptionis a ſe ſolutam in debitum iſtud naturale imputari nolit. Poteſt enim alia re gratitudinem ſuam declarare. Et quid ſi conditionis perſonarum ſit inæqualitas, aliave id genus. Quanquam ſi omnia paria forte ſint, nihilo magis tribuetur retentio ſoluti, quia hunc effectum præſenti obligationi leges non accommodarunt. Atque hæc regulariter. In quibuſdam vero caſibus ea fit interpretatio a lege, ut præſtitum a bene meritis affectu habeatur pro præſtito eorundem contemplatione ac compenſatione. Id accidit non tantum in operis a manumiſſo præſtitis *ſupra h. Cap. n.* 8. ſed & in uſuris ſortis ex mutuo gratuito acceptis, & nec ſtipulatione, nec nudo etiam pacto promiſſis. Quas qui præſtat, ſortis contemplatione ac in remunerationem officii mutuationis perſolviſſe cenſetur, ideoque non repetit. Quomodo fere *L. 26. pr. de Cond. ind* interpretatur Rob. 2. *Sent.* 16. Aliquando ut dixi, Lex plenius adſiſtit, ut non retentionem tantum, ſed & exactionem concedat. Quod & fit quandoque in illa ipſa beneficii accepti cauſſa; ſi aliquid acceſſerit, videlicet atrox iniuria &c. *ut L. ult. C. de revoc. don.* vid. *infra Lib.* 14. *C.* 27. Tunc enim Lex ſolidum reddere cogit, licet civiliter non ſit obligatus. Civilis enim obligatio non naſcitur, niſi quoties id agitur ut conſeſtim debitor obligaretur *L. 19 pr. de reb. cred.* Quo animo donatio facta non eſt *L. 11. de don.* Huc referri poteſt ingrati liberti in ſervitutem, de qua *Lib.* 2. *C.* 17. *N.* 3. emancipati in poteſtatem *d. Lib.* 2. *C.* 24. revocatio Sic quod datur menſori, remuneratio eſt, *L. 1. in fin. pr. ſi menſ. falſ. mod.* exigi tamen poteſt. Atque huc referendæ præſtitiones extraordinariæ, de quib. *infra C.* 14. *N.* 7. Sic quando pupillus acceptis alienis nummis rem ſuam auxit, tenetur actione utili ex conſtitutione D. Pii *L. 3. §. 4. de neg. geſt. L. 3. pr. Commod.* nec tamen ideo obligatio civilis, ſed naturalis manet, ut recte Pac. 4 Q. 9. & Giſan *ad L. 14. de O. & A.* vid. *infra Cap.* 22. *not.* 14. Evidentior res eſt in alimentis debitis, de quo vid. *infra Cap. 4. not.* 1. Sæpius autem quadantenus Lex adſiſtit, quoſdam accommodans. Uti fere accidit in reliquis obligationibus naturalibus. Quarum ſunt illi effectus principales & acceſſorii, ut hic noſter. Hoc probe notandum, hos effectus ſive eos a legibus habeat obligatio naturalis, ſive ex moribus ac interpretatione prudentum, ſive a iure prætorio, civiles eſſe & civiles regulas in eis attendi, ut Pac. 4 Q. 16. A. Fab. 20. *Conject. ult.* Atque hinc patri vel domino aquiruntur, cum ipſa obligatio acquiri nequeat, de quo alibi.

gnoris, quod cum niſi pro præcedente obligatione conſtitui non poſſit. Æque tamen pro civili & naturali obligatione conſtitui poteſt. *L. 5. D. de pignor.* Ut ſic per perſecutionem, & retentionem pignoris iam debitum ſervari poſſit, quod per ſe peti non potuit. *L. per retentionem. L. pignoribus. C. de uſur.* Novari quoque naturalis obligatio poteſt: id eſt, in aliam obligationem ita transfundi, ut qui quod natura debebatur, ſtipulanti promiſerit novandi cauſſa, non minus obligetur, quam ſi civiliter ante debitum promiſiſſet. *L. 1. D. de novat.* Quorum nihil potuiſſet dici, niſi obligatio naturalis eſſet vere obligatio, & natura debitum vere debitum, etſi minus proprie, quia minus plene.

XIX. Recte conſtituta obligatio naturalis ſuis modis ſolvitur. Solvitur autem partim communibus quibuſdam, partim propriis.

XX. Communes ſunt, quibus tollitur obligatio quoque civilis. Nam cum huius arctius vinculum ſit, quam naturalis, neceſſe eſt, ſi qui ſint, quibus tollitur civilis obligatio, multo citius iiſdem tollatur obligatio naturalis. Ideo numeratione pecuniæ, id eſt [16], ſolutione, naturalem tolli nemo dubitat. *L. Stichum, 95. §. naturalis, D. de ſolut.* Sed & propriis quibuſdam tollitur. Hi ſunt, quibus in civili obligatione intervenientibus non liberatur debitor ipſo iure, ſed tantum per exceptionem. Nam his naturalis obligatio etiam ipſo iure tollitur. Quod cum in hac obligatione tantum accidat, recte hoc totum naturalis obligationis proprium eſſe dicimus. Id declarat Papinianus exemplo iuſti pacti, & iuriſiurandi, quibus itidem ut numeratione pecuniæ hanc obligationem [17] ipſo iure tolli ſcribit in *d. L. Stichum, 95. §. naturalis, de ſolut.* Sunt vero hæc huiuſmodi in civili obligatione, puta ex ſtipulatu, aut legati cauſſa, ut quanvis creditor pactus ſit ne peteret, aut deferente eo debitor iuraverit ſe non debere, non tamen ideo liberetur ipſo iure, ſed tantum exceptione defendatur vel pacti conventi, vel iuriſiurandi. *§. præterea, §. æque, Inſt. de except.* At eadem ſi interveniant in obligatione & debito naturali, hic iam dicimus ipſo iure penitus tolli obligationem. Effectum hunc eſſe *ibidem* Papinianus oſtendit, ut ſi quæ ſint eius obligationis acceſſiones, hæ ſimiliter ex his cauſſis liberentur, veluti fideiuſſor, quem pupillus dedit.

XXI. Cur ergo his modis tollatur prorſus obligatio naturalis, civilis non tollatur? Differentiæ rationem reddidit ibidem Papinianus, ſed obſcurius: quia vinculum æquitatis, inquit, quo ſolo ſuſtinebatur naturalis obligatio, conventionis æquitate diſſolvitur. Significat autem id, quod regula iuris traditur, quibus quidque modis contractum eſt, iiſdem in contrarium actis diſſolvi. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Itaque non mirum, ſi civilis obligatio, quæ ſola æquitate pacti non contrahitur, ſolo pacto non tollatur. At contra evenit in naturali obligatione, ut hæc ſolo æquitatis vinculo ſuſtineatur. Eſt enim, ut diximus, a natura; proinde ex æquo & bono. *L. pen. D. de inſt. & iur.* Sequitur igitur, ut dictante etiam ſuperiore regula contraria æquitate diſſolvatur. Proinde iuſto pacto, quod ſervari præſertim ad liberationem natura æquum eſt. *L. 1. in princ. D. de pact.* Ergo & iureiurando propter eamdem conventionem & religionem. *L. ſed etſi ſervus. L. qui iuraſſe. §. ult. D. de iureiur.*

CAP.

16) An & confuſione? Ita quia nec natura patitur ut ſibi aliquis debeat. Quæ vera & genuina ratio. Aliæ autem Cuiacii rationes 9 *ad Afric. in L. frater a fratre p. 578. & ſeq.* ad hoc obtinendum infirmiores, (t) a comparatione: Acquiſitio hereditatis eſt, pro ſolutione & compenſatione *L. 33. Sol. mat* Ergo, &c. Sic enim & deportatio tollit obligationem naturalem *L. 47. pr. de fidei.* quia morti comparatur; utique & confuſio, quia ſolutioni. (a) Per confuſionem ſublata principali tollitur fideiuſſoris obligatio *L. 71. de fidei.* Non tolleretur autem ſi maneret naturalis. vid. A. Fab. 7. *Coniect.* 16. Diſſ. Hotom. *diſp. in L. frater a fratre.*

17) Cui non leviter obſtat *L. 27. §. 2. de pact.* Sed de eo, alibi dicendi erit locus. Hic modus eſto.

C A P. III.

De civili obligatione nuda: quæ ſit: quibus ex cauſſis & quomodo efficiatur nuda: quam vim habeat: quomodo ſolvatur.

Methodus & ratio civilis obligationis, quam nudam *vocant, dignoſcendæ: huius exemplum.* I.
Eædem plane cauſæ, eademque materies, & ſubiectum civilis iuſtæ obligationis, ac nudæ*: ex illa iſtius petenda cognitio.* II.
Iſtius obligatio prope nulla, & quare. III.
Nullus ideo effectus. IV.
Obligatio civilis pecuniæ creditæ, etſi exceptione ſummoveatur; naturalem tamen retinet obligationem; & quæ huius effecta, & quæ differentiæ ratio. V.
Quas utilitates hæc habeat civilis obligatio, exceptione non oppoſita. VI.
Iidem modi nudæ civilis, ac civilis iuſtæ obligationis diſſolvendæ: illi in iſtis quærendi. VII.

I. Civilis obligatio [1] nuda, quam eamdem ſine re vocamus, eſt, quæ iure civili actionem parit, ſed eam, quæ per exceptionem iure prætorio infirmetur. Quod genus indicari dixi in §. *præterea, Inſtit. de exc.* & *L.* 3. §. 1. *D. de pec. conſt.* Naſcitur hæc obligatio ex iis cauſſis, ex quibus iure civili naſcitur actio utilis & efficax. Sed tum fit civilis nuda, cum actio inde nata per exceptionem removetur. Quod accidit ex iis cauſſis, ex quibus naſcuntur exceptiones. Itaque ſi noverimus, quibus ex cauſſis naſcatur actio iure civili, ex quibus item exceptiones, eadem opera quæ ſit obligatio civilis nuda, cognoverimus. Prius ex proximo genere obligationis ſequenti ſumendum eſt; eſt enim illius proprium. Poſterius ex *Tit. Inſt. de exc.* de quo dicetur inter eos modos, quibus obligatio liberatione tollitur. Nunc quidem rei explicandæ cauſſa unum exemplum ſufficiet, quod eſt in *d.* §. *præterea, de exc.* Debet quis decem mutua, aut ex ſtipulatu. Ex utraque cauſſa obligatio & actio iure civili. *Inſtit. quib. mod. re contr. obl.* in princ. *Inſt. de verb. obl.* in princ. Si debitor pactus fuerit cum creditore, ne a ſe pecunia peteretur, nihilominus manet obligatio, quæ pacto convento non eſt ſublata: unde & vetus actio. Sed adverſus actionem parata exceptio pacti conventi. Hinc ergo primum incipit obligatio eſſe civilis illa nuda, quam dicimus. Eademque ex cæteris cauſſis, ex quibus exceptiones naſcuntur, intelligenda ſunt.

II. Hæc obligatio cum ſit ex iiſdem cauſſis ex quibus iure civili iuſta obligatio naſcitur, nempe idem quod illa continet; cum ſcilicet quæritur quis, cui, quid, quomodo debeat. Itaque ſi quid horum noſſe volemus, illinc petetur.

III. De vi & neceſſitate præſtationis huius obligationis ſic habendum eſt. Propemodum ſine re eſt hæc obligatio, ut verbo ſupra complexi ſumus; ideſt, eiuſmodi, quæ nullos effectus habeat neque civilis, neque naturalis obligationis. Merito. Vere enim nec civilem nec naturalem obligationem in ſe habet. Civilem quidem habere videatur, quia actionem habet iure civili conſtitutam. Sed ſi vim & poteſtatem actionis, non nomen ſpectamus, non habet, ubi actioni obiicitur exceptio. Nihil enim intereſt, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil, D. de reg. iur.* Naturalem autem obligationem plane non habet. Indicio eſt exceptio, quæ ex ſuis illis cauſſis, quarum memini, ideo debitori datur, quia non eſt æquum iis cauſſis intervenientibus debitorem teneri: ut ratio redditur in §. 1. & *ſeq. Inſtit. de exc.* Id ſemper æquum quod eſt a natura, ſeu naturali iure. *L. pen. D. de iuſt. & iur.* Quocirca ideo æquum eſt, debitorem ob eas cauſſas non teneri, quia iure naturali fit, ne teneatur; ideſt, quia natura ſeu naturali iure non debet, non obligatur. Et hoc eſt, quod Ulpiano in *L.* 3. §. 1. *D. de pec. conſtit.* ea pecunia, quæ ex hac obligatione debetur, dicitur debita iuribus non eſſe pecunia. Iuribus, ideſt, ullo iure: dum hoc ſignificat, non modo

non

1) Vulgo vocant mere civilem, & iuſtam civilem vocant miſtam. Quod reprobat Giſan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 28. quia nulla ſit obligatio civilis, quæ non nitatur cognomento naturali, ſaltem præſumpto. Errat autem Govean. *ad L.* 1. §. 17. *ad* Falc. *n.* 1. ſcribens obligationem tantum civilem eſſe ex ſtipulatione.

non eſſe debitam iure naturali, quod conſtat propter exceptionem: ſed nec civili quidem etſi eſt eo nomine actio. Non enim videtur obligatio civili actione uti, cum actio removetur exceptione.

IV. Hinc de vi & effectu poteſt iudicari. Primum igitur dum opponetur exceptio, effectum civilem plane nullum habet: cum hic effectus non ſit, niſi in actione & perſecutione: quæ tunc, ut dixi, inutilis eſt, vel potius nulla, cum exceptione ſummovetur. Obligationis autem naturalis nullum plane fructum obtinet, ſive exceptio opponatur, ſive nondum oppoſita fuerit. Exemplo erunt huius generis effecta duo, ne neceſſe ſit omnia perſequi: ſoluti retentio, & conſtitutum. Diximus, quod natura debetur, ſi ſolutum ſit, quanvis ab eo, qui iuſto errore facti putaret civiliter deberi, tamen repeti non poſſe. Non idem ius eſt in hoc genere. Non impediet eiuſmodi repetitionem obligatio iſta civilis, ex qua qui actione tenebatur, exceptionem adverſus actionem habuit. Idque eſt quod dicitur, eum qui exceptionem perpetuam habet, ſolutum per errorem repetere poſſe. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Sic & quod natura debetur, recte conſtituitur, ut debitum. *L.* 1. *§. ult. de pec. conſt.* Diverſum in hoc genere obligationis. Qui conſtituit, quod iure civili debebatur, iure autem prætorio non debebatur, conſtituendo non tenetur. *L.* 3. *§.* 1. *D. de pec. conſt.* Quæ ſi duo effecta naturalis obligationis non recipiuntur in hoc genere, perſpicuum eſt, ne cætera quidem recipi oportere. Cur enim non recipiuntur illa, quia hic obligatio naturalis nulla eſt? Quæ autem non eſt, non poteſt neque hoc, neque alios ullos effectus parere.

V. Atque hæc ut plurimum, ac fere per omnia ita ſe habent. Sed non ſunt perpetua. Interdum obligatio civilis cuius actio per exceptionem removetur, ita actionem iure efficacem non habet, ut tamen habeat naturalem obligationem. Sed etſi non habeat, non eſt tamen per omnia inutilis ad eam præſtationem, quam in obligatione quærimus. Una eſt obligatio pecuniæ filiofamilias creditæ, ex qua actio exceptione Macedoniani removetur. Subeſt tamen hic obligatio naturalis: quam ut intelligamus efficere cætera, quæ naturalis obligationis propria eſſe diximus, hoc quod eſt præcipuum efficit, ut ſive filius, ſive alius quis nomine filii quanvis per errorem pecuniam ſolverit, non repetat. Hæc in *L. ſed ſi paterfamilias.* in fi. & *L. ſeq. D. de ſen. Mac. L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Cur ergo in cæteris cauſſis exceptio actioni oppoſita arguit naturalem obligationem non ſubeſſe: in pecunia filiofamilias credita non item? Ratio iiſdem locis reddita eſt, quod in aliis cauſſis exceptio comparata eſt debitoris cauſſa ideo, quia æquum ſit eum non teneri. Exceptio contra Macedoniani in mutuo, non quia æquum ſit filiumfamilias liberari, ſed in odium & pœnam creditoris ut plurimum fœnerantis.

VI. Sed etſi debitoris exonerandi cauſſa detur exceptio, non eſt tamen hæc ipſa civilis obligatio & actio quæ manet plane inutilis. Si exceptio opponitur, eſt ſane inutilis ſine controverſia. Idque eſt, quod regula iuris traditur, nihil intereſſe, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *d. L. nihil intereſt. de reg. iur.* tunc enim infirmatur actio exceptione, cum exceptio illi obiicitur. At finge non opponi, non prohibet regula, quominus aliquid intereſſe dicamus. Et tum vero obligatio & actio iſta civilis [a] duas utilitates habet. Una eſt hæc, quod in ſtrictis iudiciis quæ exceptio debitori datur, ſi eam ſibi prodeſſe vult, initio conteſtari oportet. *L. ſi quidem. L. præſcriptionem, C. de exc.* Unde eveniet, ut ea non conteſtata procedat actio, ac reus condemnari debeat. De quo in exceptionibus & recta inſtitutione iudicii dicendum eſt. Altera eſt, quod ſi creditor ante quam iudicio ageretur, pactus ſit, ut ſibi idem petere liceret, quod prius propter exceptionem non poterat; conſequitur pacto, ut iam ſibi petere liceat utiliter, quod ſine actione præcedente ſolo pacto petere non potuiſſet. Nam ex pacto quidem non naſcitur actio. At ubi actio ante nata eſt, ſi ea agatur, & exceptio opponatur, poteſt pactum poſterius prodeſſe ad removendam exceptionem, quod ad actionem prodeſſe non poterat. *L. ſi unus. §. pactus. D. de pact. L. pacta noviſſima. C. eod.*

VII. Quibus modis tollatur hæc obligatio, anxie quærendum non eſt. Nam ſi debitor ſolutam vult, habet paratam liberationem in exceptione: quam licet ei opponere actioni, cum velit, ſi modo cum eo agetur. Sed ſi mavult etiam prius quam iudicio agatur, obligationem tolli ipſo iure, & hoc quæritur, quomodo fiat: ſciendum eſt, quæ iiſdem modis contrahitur, qui-

a) Quæ eædem differentiæ liberationum quæ ipſo iure & quæ ope exceptionis contingunt, vid. Don. *noſter ad L. 5. C. de pact. n. 3. & ſeqq.*

quibus civilis iuſta, eam iiſdem quoque modis in contrarium verſis, quibus illa, diſſolvi. Quare & hoc ex ea parte huc aſſumetur.

C A P. IV.

De obligatione civili iuſta. Quæ ſit: Quam longe pluribus ex cauſſis cuique impoſita, quam illis quatuor; Contractu, Quaſi contractu, Maleficio. Et breviter, Quæ eius genera ſumma. Ac primum de obligatione inter privatos & Remp. Inter parentes & liberos; Inter libertum & patronum ſolo pietatis iure ſine contractu aut maleficio conſtituta.

Civilis & iuſta, quæ plenam habet præſtationem, ſola & proprie & vere dicta obligatio. I.

Civilis unde dicta, & quo ſenſu accipienda. II.

Obligationum diviſio Iuſtinianea quadruplex, ex quatuor cauſſarum generibus ducta. Accuratior alia obligationum partitio, & quæ. III.

Quædam ex parte publica, & ex parte privata; & quid hæc ex utraque parte explicatur. IV.

Quædam plene privata; & hæc iterum principalis, & acceſſoria: exempla utriuſque. V.

Principalis aut ex conditione ſola perſonæ, aut eius facto naſcitur. VI.

Ex conditione perſonæ ſolo pietatis iure nata conſtituitur inter patrem & filium; patronum & libertum. Cur non æque inter uxorem & maritum. VII.

Pater filiæ, ſi hæc ſit in illius poteſtate, dotem debet ex iure civili; ſin, debet iure naturali. VIII.

Item egentibus liberis alimenta debet. Nomine liberorum & parentum qui veniant. Quid alimenta contineant; & quis horum modus & ratio. IX.

Liberi, & quidem omnes, qui eo nomine continentur, debent alimenta parentibus, ubi indigeant, & quidem omnibus. Idem in parentibus, qui & in liberis alimentorum modus. X.

Quod Iudicis officium in petitione alimentorum. XI.

Item debent illi parentibus honorem & reverentiam. Quatuor huic reverentiæ civili iure attributa; & quæ illa, & quatenus exigantur. XII.

Libertus præſtare debet alimenta patrono, eiuſque liberis & parentibus. Eadem hic obligatio, quæ liberorum in parentes; idemque Iudicis officium. XIII.

Quatenus alimenta patronus liberto præſtare teneatur. XIV.

Obligatio alimenta præſtandi, & reverentiam una cum perſona, quæ debet, aut cui illa debentur, extinguitur. XV.

I. CUm utrique obligationi ſuperiori tantum deſit ad plenam præſtationem eius quod debetur, quantum diximus: apparet eam ſolum proprie obligationem eſſe, quæ civilis eſt iuſta, civilem ſimul & naturalem in ſe continens, quam eamdem civilem cum re vocamus. Hæc enim eſt ſola, quæ plenam & veram iſtam neceſſitatem præſtationis habet. Ea eſt autem, ex qua iure civili eius petendi & exigendi nomine, quod debetur, ultro actio competit, & cum effectu, id eſt, ſine ulla perpetuæ exceptionis remotione. Sic enim fit, ut cogi poſſit quid præſtare, qui id debet, ſi ſuperiora hæc concurrant. Inde, ut dixi, hæc ſola proprie dicta obligatio; reliquæ magis per abuſionem, ut eſt in *L. fideiuſſor obligari*, 16. §. *fideiuſſor, de fideiuſſor*. Ac propterea etiam ex hac proprietate in uſu iuris frequenter obligationis verbum, etiam cum per ſe ponitur, iſto modo uſurpatur, nec de alia poteſt accipi. Quo ſenſu illud dictum eſt ab Ulpiano, nudam pactionem non parere obligationem. *L. iuriſgentium*, §. *ſed cum nulla*, *D. de pact.* Cum hoc ſentiat nudam pactionem non parere actionem, ut §. *ſeq.* interpretatur. Quomodo & accipitur obligatio apud Iuſtinianum in toto tractatu obligationum, ut in definitione obligationis oſtendi. Atque hanc ſolam proprie obligationem dici, quæ iſtam vim, & neceſſitatem exigendi habet, ex verbis debitoris & creditoris, inter quos conſiſtit obligatio, facile poteſt intelligi. Inde enim debitor definitus, a quo invito pecu-

pecunia exigi poteſt. *L. debitor*, *D. de verb. ſignific.* Quod non fit, niſi actione. Atque hinc rurſum ex adverſo creditores ii ſolum, qui actionem habent, quæ exceptione perpetua ſummoveri non poſſit. *L. creditor. L. creditores*, *D. de verb. ſignif.* Atqui ſcimus eſſe aliquid, quod debeatur tantum natura; cuius nomine cum nulla competat actio; nullo modo etiam ab invito poteſt exigi, ut in naturali obligatione conſtitit. Quod ſi hic debitor eſt, qui ita debet: erit utique & creditor, cui ex iſta cauſſa debetur; quia & hic in obligatione naturali fidem debitoris ſecutus eſt. *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* Fidem autem alterius ſequi eſt credere. *L. 1. D. ſi cert. pet.* Sed ſuperius illud utrumque ex illa proprietate verbi, quam ſæpe hic commemoramus, dictum eſt. Is enim debet, qui obligatus eſt. Proprie autem obligatus is cum quo agi poteſt, ut poſſit ab invito pecunia exigi. Proprie igitur & hic ſolus debitor. Cui ſi ex adverſo reſpondet nomen creditoris, neceſſe eſt & eum proprie creditorem intelligi, qui pecuniam poteſt a ſuo debitore, id eſt, ab eo quem ſibi obligatum habet exigere. Quod is ſolus facere poteſt, qui actionem habet, & eam, quæ non metuat exceptionem.

II. Ut fit ex obligatione hæc actio, iure civili efficitur, quo actio eo nomine conſtituta eſt. Unde & generaliter civilis obligatio dicta, quæ hanc actionem habet, & hoc ſenſu diſtincta a naturali. *L. 1. de novat. d. L. fideiuſſor*, 16. §. *fideiuſſor*, *de fideiuſſor. L. ſervi*, *de obligat. & action.* Sed ſciendum eſt civilem ita dicere nos,

cum ius civile generaliter accipimus, ut contineatur hoc verbo & prætorium, ut fit in §. *conſtat. Inſtit. de iur. nat. gent. & civil.* Alioqui cum ius civile ſpecialiter accipitur, diſtinguiturque a prætorio, ut ſæpe in uſu iuris, veluti ex profeſſo in *L. ius autem*, *D. de iuſtit. & iur.* ſi ex hoc ſenſu loqui volemus, eveniet, ut ea ipſa, quam generaliter vocamus civilem, fiat duplex, civilis & prætoria. Quia omnis quidem obligatio huius generis actionem ex iure habeat; ſed alias iure civili conſtitutam, alias iure prætorio, ſeu edicto prætoris. Atque hinc nata illa diviſio obligationum, quæ ſtatim initio ponitur apud Iuſtinianum, ut aut civiles ſint, aut prætoriæ. §. 1. *Inſt. de obl.* Cuius non alium uſum & ſcopum eſſe ſciamus, quam hunc, quem dixi, ut indicet illam demum obligationem veram eſſe, quæ & iure civili confirmata eſt, ut hinc actionem habeat ad exigendum quod debetur, conſtitutam tamen vel eo iure civili, quod ſpecialiter ita dicitur, vel iure prætorio.

III. De hac obligatione eadem illa quærimus, quæ ſupra. An ſit hæc obligatio: Si eſt, quid contineat, quamque vim habeat: Tum quibus modis diſſolvatur. De his ſemel & in univerſum ne in hoc quidem genere dici poteſt. Variantur hæc, prout eſt genus obligationis: genera ex cauſſis, ex quibus unaquæque obligatio oritur. Cauſſas obligationis quatuor Iuſtinianus poſuit in §. *ult. Inſt. de obl.* contractum, quaſi contractum, maleficium, quaſi maleficium. Et ſunt quidem hæ cauſſæ in maxima parte obligationum: ſed [r] ad omnes obligationes non pertinent. Neque enim omnes ex his cauſſis. Arceſſenda

igitur

r) Neminem hactenus reperi, qui itidem, ut noſter, cauſſas quatuor obligationum, contractus quaſi contractus &c. inſufficientes arguat, excepto Walth. 2. *Miſc.* 31. qui tradit eſſe obligationes quæ proprio iure oriuntur, nec ex contractu vel quaſi, nec ex maleficio vel quaſi deſcendentes. Ut quod pater tenetur filiam dotare, non eſt, ait, ex contractu &c ſed ex præcepto legis. Idem eſſe dicit in obligatione neceſſarii heredis. Itemque caſum ubi quis obligatur nec ex contractu, &c.) ſed ex ſola æquitate, eſſe in *L. ſi & me* 32. *de reb. cred.* Sed tueri poſſumus Imperatorem ac receptam cauſſarum obligationis partitionem. Aut enim onera ſunt obligationi aſſinia, aut obligationes naturales potius quam civiles, de quibus noſter *h. Cap.* Obligationem publicam, ſi proprie talis eſt, ſine vitio tamen omiſere Imperator & IC. Caius *in L. 1. de O. & A.* quando ius privatum exponunt & tractant. Quin dici poſſet, nec illic obligationem eſſe ſine conſenſu ac conventione, quia qui ſe civem gerit, eo ipſo in leges civitatis conſentit, iiſque ſe ſubiicit. Lex enim communis Reipublicæ ſponſio *L. 1. d. LL.* vid. *ſupra Lib.* 5. *Cap.* 16. *N.* 6. Unde legem contractum eſſe pluries inculcat Vaſq. *Lib.* 1. *ill. Contr.* C. 28. *n* 12 *&* C 44. *n.* 5. *& Lib.* 2. C. 52. *n.* 10. *&* C. 55. *n.* 3. *et paſſim.* Et Ariſtot. 1. *Rhet.* pactum legem vocat ac legem pactum. Lex eſt pactum publicum: Pactum Lex privata, Rad. Fornen. 5. *Rer Quotid.* 14. Obligationes autem illas ad dotandos, alendoſque liberos, civiles non eſſe patet, quia obſiſtit mera iuris civilis ratio, fictio videlicet unionis, quæ patrem filio, & viciſſim, nihil civiliter debere finit. Ac licet eadem præſtandi præciſe ſit neceſſitas, non tamen actione civili & ordinaria, petuntur, ſed iudicis officio. Io. Bapt. Pontan. *de alim.* C. 1. *n.* 6. Io. Petr. Surdus *de alim. Lib.* 3. *Q.* 1. Nec hic iuris civilis regulas attendimus, quæ litem ac iudicium civile inter patrem & filiumfamilias conſiſtere non permittunt *L. 4. de iudic.* Sed ipſam veritatem naturæ. Surd. *d. Q.* 1. *n.* 4. *&* 5. Qui tamen non recte *n.* 12. *& ſeqq.* eadem nec naturali obligatione deberi contendit, licet naturali quadam ratione & æquitate a natura inſita, ex qua officium iudicis, quod ex æquitate deſcendat etiam ſine naturali obligatione: quod probari non poteſt. Certe cauſſa omnis huius obligationis eſt ratio pietatis *L. 1. pr. de obſeq. L. 4. in ſi. C. de pa. pot.* quæ iuris naturæ eſt *ſupra Cap.* 2. *N.* 9. affectus paternus *L.* 5. §. 14. *de agn. lib.* ratio naturalis *d. L.* 5. §. 16. ipſa natura *L. ult.* §. 5. C. *de bo. quæ lib.* Plutar. *lib. de Homero ſ. m.* 64. Parentes a liberis ali naturæ Lex iubet. Unde contra naturales ſtimulos, contra ius naturale, contra pietatem facit, alimoniam iniuſte denegans. vid. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 1. *pag.* 5. *&* 6. ſcite Martin. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 2. *n.* 4. *& ſeqq.* Ac licet leges quoque alendos liberos inſperent *d. L. ultim.* §. 5. ac iuri naturæ quaſi ſuppetias ferant, non ideo tamen obligatio civilis redditur, nec informatur ea a iure civili, ſed effectus illi accommodantur. vid. *ſupra ad Cap.* 2. *not.* 15. Coler. *d.* C. 2. *n* 8. Denique ſi maxime hic obligatio civilis agnoſcenda eſſet, dicendum tamen foret eam vel ex contractu matrimonii, vel ex delicto parentis proficiſci, alimenta ſoboli

indi-

igitur paulo altius huius generis partitio, quæ omnes obligationes, quas iure conſtitutas legimus, earumque cauſſas complectatur. Atque hinc initium duci oportet. Obligationum quibus privati aliis tenentur, quædam eſt ex parte publica; quædam plane privata.

IV. Ex parte publica, qua privati obſtringuntur Reipublicæ, ut Reipublicæ. Privata, qua privati privatis obligantur. Eſt enim, quod omnes Reipublicæ & patriæ ex qua ſunt, aut in qua verſantur, ut Reipublicæ debeant. Eſt, quod privati debeant privatis. Reipublicæ, ſeu civitati ut civitati debent omnes, quæ pertinent ad iuvandam rempublicam rebus neceſſariis. Ea ſunt duo; intributio patrimonii ad ſumptus neceſſarios reipublicæ ferendos, & opera. Intributio in muneribus, quæ dicuntur patrimoniorum: opera in reipublicæ adminiſtratione: adminiſtratio aut in honoribus ſuſcipiendis, qui deferuntur, aut in muneribus publicis perſonarum, quæ imponuntur, obeundis. Hæc obligatio erga rempublicam non naſcitur civibus ex ullo eorum contractu aut maleficio: ſed ſolum hoc ipſo, quod ſunt cives; & reſpublica eſt, quæ iſta exigit. Unde igitur? ex ea pietate, qua omnes patriæ obſtricti ſumus. *L. 2. D. de iuſt. & iur.* Quæ deinde ſancita eſt legibus, & iure publico. Sed quoniam totum hoc quod hic debetur, proficiſcitur ex eo iure, quod patria & reſpublica adverſus privatos ſibi vindicat; ideo hac parte ad ius publicum pertinet. Quamobrem & ad id a nobis remittetur. Sic tamen, ut hoc loco monendi fuerimus, & meminiſſe oporteat, obligationem in his, qui debent, eſſe privatam, ut hoc quoque loco attingi debuerit, ne nihil videatur ad privatos pertinere. Hic enim non reſpublica obligatur; ſed ſinguli pro ſe quiſque ſuperiora iſta reipublicæ præſtare debent. Sunt & aliæ cauſſæ, quibus proprio quodam iure, quid debetur reipublicæ ex privilegio, de quibus & in iuris publici explicatione opportunius dicetur.

V. Privatam obligationem eſſe dixi, quæ eſt inter privatos, ſeu qua privati privatis obligantur. Ne hæc quidem ſtatim ex contractu aut maleficio. Ea enim duplex eſt. Quædam ex perſona ipſa obligati naſcitur; quædam ex perſona alterius. Utraque cauſſis & effectis diſtincta. Priorem principalem; poſteriorem adventitiam ſeu acceſſoriam poſſumus appellare. Ut, cum quis mutuum accipit, aut ſtipulanti quid promittit, obligatur ex perſona ſua, & quidem principaliter, ubi obligatio ex alia præcedente non pendet. At cum dominus tenetur ex contractu aut maleficio ſervi, cum pater ex contractu filii, & ſimiles ex aliena obligatione; hic obligatio eſt ex perſona alterius, adventicia & acceſſoria. Quam nemo dixerit domino aut patri naſci ex ipſius contractu aut maleficio. Sed etſi ſit aliqua acceſſoria ex contractu eius, qui acceſſit præcedenti obligationi, habet tamen ea obligatio multa propria diſtincta a principali obligatione, ſive de obligatione contrahenda agatur, ſive de poteſtate, & diſſolutione eius obligationis. Merito igitur hæc genera diſtinguenda, & ita ſtatuenda, ut de his ſeparatim atque ordine dicatur.

VI. Principalis obligatio quæ eſt, quæ eadem naſcitur primum ex obligati perſona inter privatos, ne hæc quidem continuo ex contractu aut maleficio. Sunt in hoc genere, qui conditione ipſa perſonæ ſine ullo facto obligentur aliis, & quid præſtare debeant, ac iure & iudicio cogantur. In quo nullum contractum, quaſi contractum, aut maleficium intervenire apparet: cum omnia hæc ſint facta, ex quibus obligatio oritur. *d. §. ult. Inſt. de obl.* Sit igitur potius prima hæc diviſio, ut omnis hæc obligatio privata qua quis ex ſeſe tenetur, non aliunde, aut ex conditione ſola perſonæ conſtituatur inter aliquos, aut ab externo aliquo facto naſcatur.

VII. Conditione perſonæ ſine ullo facto, ac proinde ſine ullo contractu aut maleficio, quarumdam rerum obligatio & præſtatio a natura profecta iure civili conſtituta eſt inter patrem & filium, libertum & patronum, ſolo pietatis iure, quod inter has perſonas intercedit. Non habeo in hoc numero maritum & uxorem, non quod pro coniunctione, quæ inter ipſos eſt, alter alteri egenti [a] alimenta non debeat: ſed quod ſi qua eſt hic obligatio, hæc naſcitur ex contractu, nuptiis inter

indigne negantis, vel viciſſim, quo ipſo necare videtur *L. 4. de ag. lib.* Quod ſi ea libens præſtet, non ex civili obligatione (neque enim tum ulli remedio aut exactioni civili locus) ſed affectu naturali & igniculis pietatis natura inditis compelli. Sed nec Walth. obiecta urgent. Nam obligatio neceſſarii heredis non eſt nova, ſed vetus, ex ſummi iuris ratione. vid. *ſupr. Lib. 7. Cap. 2. n. 12. & ſeqq.* In ſpecie vero *L. 32. de reb. cred.* obligatio non quidem ex contractu mutui, ſed ex quaſi contractu negotii geſti *L. 2. de neg. geſt.* ut recte noſter ibidem.

a) Late hac de re Coler. *Lib. 1. C. 10.* Io. P. Surd. *de alim. Q. 32. & ſeq.* & de exceptionibus contra hoc mariti, *tit. 7. Q. 16. & ſeqq.* Quando gener vel nurus ſocerum alere debeat, Surd. *ibid. Q. 39.* quando privignus novercam, vitricus privignos, ibid. *Q. 40. ſeqq.* Coler. *Lib. 1. C. 4. n. 23. & ſeqq.*

inter ipſos eorum conſenſu & voto ſummam rerum atque officiorum communicationem inducentibus. *L.* 1. *D. de ritu nupt.* De quo dicetur poſtea in hac ſpecie ſocietatis libro ſequenti.

VIII. Parens liberis ex hoc iure duo debet: dotem, & alimenta. Obligatio ex æquitate caritateque ſanguinis, ut eſt in *L. ſi quis a liberis. §.* 1. *D. de agn. lib.* Quid contineat, quamque neceſſitatem præſtationis habeat, videamus. Et parens filiæ ex conſtitutionibus dotem dare debet, hanc tamen non quivis parens, ſed is qui filiam habet in poteſtate. *L. capite. D. de rit. nupt.* Cæteri parentes natura dotem debere exiſtimantur: iure civili non debent, ut dixi in obligatione naturali. Hæc obligatio in patre qui filiam in poteſtate habet, vere civilis eſt, qua ſcilicet ille adſtringitur neceſſitate dotis præſtandæ. Deſiderante enim filia, 3 cogitur pater per præſides provinciarum, id eſt eos magiſtratus, qui ſummum imperium habent in iuriſdictione, filiam in matrimonium collocare & dotare. *d. L. capite. de rit. nupt.*

IX. Alimentorum obligatio plenior. Parens liberis ſuis egentibus 4 alimenta, & omnia quæ ad exhibendos, & educendos liberos pertinent, iure præſtare cogitur. Hæc ſumma iuris in *L. ſi quis a liberis,* in princ. & *§. non tantum, de agnit. lib. L. ult. §. ipſum autem,* & *§. filiis autem,* in fin. *C. de bon. quæ lib.* Debet ergo parens. Hoc generaliter, quiſquis eſt parens; ut debeat non tantum pater, ſed & 5 mater, ſi pater non præſtat. Et ſi hi non ſint, aut non præſtent, debeat avus non tantum paternus, ſed etiam 6 maternus. *d. L. ſi quis a liberis, §.* 1. in fin. & *§. ſeq.* in princ. *§. ſi mater.* Debet parens liberis. Hos quoque generaliter accipi volumus, ut debeat non tantum filiis aut nepotibus; ſed & filiabus & reliquis fœminini ſexus. Nec tantum iis liberis, quos in poteſtate habet, ſed etiam 7 quos non habet: puta emancipatis, vel ex alia cauſa ſui iuris conſtitutis. ead. *L. ſi quis,* in princ. & *§.* 1. Hinc placet matrem alere debere filium & filiam etiam 8 vulgo conceptos. Quod non item a patre exigitur, ſed ſolum ut alat, quos apud iudicem conſtiterit ex iuſtis nuptiis procreatos. ead. *L. ſi quis, §.* 1. in fin. & *§. item, ſeq.* Hoc ideo, quia mater undecumque conceperit, ſemper eſt certa. Pater autem quia nobis incertus, idcirco ſolum pro tali habetur is, quem nuptiæ demonſtrant. *L. quia, D. de in ius voc.* Sed debet alimenta parens liberis egentibus ideſt his, qui nec habent in bonis, unde ſe alant, nec didicerunt artificium, unde idonee 9 victum quærant, ut accidit adoleſcentibus & pueris, aut ſi didicerunt, ea ſunt valetudine, ut operis ſufficere non poſſint. *d. L. ult. §. ipſum autem, C. de bon. quæ lib.* ead. *L. ſi quis a liberis, §. item Divus.* Debet parens liberis non tantum præbere alimenta, verumetiam cætera quoque onera liberorum ferre, ut eſt in ead. *L. §. non tantum.* Cætera onera accipere debemus omnia onera neceſſaria ad alendos & exhibendos, ideſt educendos, liberos.

3) *L.* 6. *de coll.* Debetur pariter donatio propter nuptias filio *L. ul. Cod. de dot. promiſſ.* Gomez. *in L. Tauri* 52. *&* 3. *ſeq. n.* 10. Vid. de hac neceſſitate dotandi A. Guib. *de dotib. C.* 3. Paul. Cypræ. *de ſponſal.* C. 6. §. 2. *n.* 7. Ant. de Padilla *ad auth. res qua C. Comm. de leg. n.* 42. *& ſeqq.* Pro modo vero facultatum conſtituenda & quæ congrua, ne filiæ conquerendi cauſa ſit, vid. Menoch. *arb.* C. 149. Quod ſi legibus municipalibus certa menſura dotis conſtituta, non inſpicitur locus contractus celebrati, ſed domicilii mariti, Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 3. *n.* 20. Mater & avus maternus quando dotare cogantur, Tiraq. *de iur. primigen.* Q. 62. Menoch. *arb. Ca.* 450. Frater quoque ſororem utrinque coniunctam, ſi egena ſit, dotare cogendus *L.* 12. *§. pen. de admin. tut.* Padila *d. loc. n.* 62. Tiraq. *d.* Q. 62. Lex Athenienſium ducendi vel dotandi pauperculas mulieres iniungebat proximo agnato, qui idem, ſi dives foret illi heres fieret, ut ex Demoſthen. & Terentio probat P. Fab. *ad L.* 10. *de R. I. pag. m.* 66. Matrem quoque a filio dotandam ſi iuvenis ſit & pulcra tradit Tiraqu. *in L. connub.* 2. *n.* 9. Quid ſi filia locuples? Hanc dotandam eſſe non minus, poſt alios A. Guib. *d.* C. 3. *n.* 13. *& ſeqq.* Contra Fachin. 10. *Contr.* 38. Non autem dotanda quæ indigno nupſit, Tiraq. *Tr. Ceſſ. Ca. lim.* 22. *n.* 10. nec quæ inſcio patre & ſi non indigno, A. Guib. *d.* C. 3. *n.* 19. *& ſeq.* licet contradicat, volens quoque quæ & patre inconſulto, modo non indigno, nupſit dotandam, Covar. *de matrim. P.* 2. C. 3. §. 8. *n.* 8. Nec quæ ingrata vel a Chriſti na religione deſciviſ, Guib. *d.* C. 3. Ex his vero apparet non recte noſtrum neceſſitatem dotandi tribuere iis ſolis qui in poteſtate habent.

4) De quo tractatus Io. Bapt. Pontani & Martini Coler. *de alim.* pleniſſimus autem tractatus Io. Petri Surdi. Quædam etiam P. Fruler. *Lib.* 2. *de Mandat. iud.* C. 54.

5) An & quando mater alere teneatur? Valaſc. *Conſult.* 92. Io. Bapt. Pontan. *de alim* C. 8. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 6. Io. P. Surd. *de alim. tit.* 1. Q. 14. ubi & de lactatione filiis a matre ipſa præbenda, de quo, quod aliis non committenda, pulcre Plutar. *de lib. educ.* Favorin. *apud* Agell 12. *Noct.* 1. Ant. de Guevara *in Horolog. Princ. Lib.* 2. C. 23. Mich. Hoſpital. *Lib.* 3. *Epiſt.* 2 Tiraq *de Nobil.* C. 20. *n.* 78. *& ſeqq.* Quando mater alimenta impendens donaſſe cenſeatur, Menoch. *arb. Ca.* 88. *n.* 20. *& ſeqq.*

6) Vid. Coler. *Lib.* 2. C. 8. Io. Petr. Surd. *tit.* 1. Q. 12. *& ſeq. &* Q. 16.

7) Non autem filio adoptivo extraneo, quia id onus eſt patri naturali *L. pen. pr. C. de adopt* Et per *d. L. pen.* §. 1. *verſ. ſed ſi quidem* ibi: *in hoc tantummodo ei prodeſſe volumus &c.* Fach. 12. *Contr.* 60. Diſſ. Mart. Coler. *Lib.* 1. *de alim.* C. 4.

8) De alimentis filio naturali debitis, vid. Io. P. Surd. *tit.* 1. Q. 9. Martin. Coler. *d. Lib.* 1. C. 3. Spurii & inceſtuoſi quomodo alendi iure Canonico etiam in terris imperii ſervando, Surd. *d. tit.* 1. Q. 10. Coler. *d.* C. 3. *n.* 8. *& ſeq.* Gomez. *ad L. Tauri* 9. *&* 3. *ſeqq. n.* 37. *& ſeq.* Covar. *de matrim. P.* 2. C. 8. §. 6.

9) Non ſi manibus ſuis victum parare poſſit, Tiraq. *de I. primig.* Q. 75. *n.* 2. Coler. *Lib.* 1. C. 2. *n.* 70. *& ſeqq.* Excipit Tiraq *de Nobil.* C. 20. *n.* 104. niſi nobilis ſit, eiuſve conditionis, quem non deceant operæ ſerviles.

Hoc enim ſolum continet hæc obligatio, ut ali & exhiberi liberi a parente debeant, ut proponitur in principio eiuſdem *L. ſi quis a liberis*. Itaque alimentorum verbo in ſuperiore loco ſpecialiter intelligere oportet cibaria, ideſt eſui, potuique neceſſaria. Cæterorum autem onerum appellatione omnia reliqua, quæ generalius alimentorum verbo continentur. In quo numero eſt [10] veſtitus, habitatio, ægroti cura. Quæ ad [11] diſciplinam pertinent, non continentur. *L. legatis, D. de alim. & cib. leg. L. verbo victus, D. de verb. ſign.* Quæritur alimentorum modus. Hæc vero non ita ſunt, ut quantum liberi petunt, tantum his indulgeatur: neque rurſum parens præbeat, quam minimum poteſt. Sed conſtituuntur alimenta a iudice pro modo facultatum patris, quod totum a iudice de ea re cognoſcente æſtimabitur. ead. *L. ſi quis a liberis, §. item Divus*, & *§. ſi quis ex his*. Huius præſtationis vere obligatio civilis, & ea, quam in hoc genere ſtatuimus. Petit enim filius alimenta per iudicem. Conſtituuntur a iudice pro modo facultatum patris. Quod ſi non præſtentur, pignoribus captis & diſtractis cogitur pater ſententiæ ſatisfacere. ead. *L. ſi quis, §. ſi quis ex his*. Quæ & forma in reliquis iudiciis obſervatur. *L.* 1. *C. de exſec. rei iud.* Una defenſio eſt patri, ne filium quanvis egentem alere cogatur, ſi dicat eum de ſe male [12] meritum; ut ſi filius detulerit, accuſarit patrem, aut aliqua iniuria eum affecerit, ead. *L. ſi quis a liberis, §. ſi quis ex his*,

X. Liberi vice mutua parentibus conditione ipſa perſonæ eadem illa alimenta debent. Hoc amplius proprie honorem & reverentiam. De alimentis ius comprehenſum. ead. *L. ſi quis a liberis*, in pr. *d. L. ult. §. ipſum autem, C. de bon. quæ lib.* Hoc & [13] ſola pietatis ratio natura exigit, quæ & huius obligationis cauſſa eſt. ead. *L. ſi quis, §. ſi mater*, in fi. & *§. parens*, in pr. Hæc debent liberi ſine ullo diſcrimine, ſexus, gradus, familiæ, ætatis, ordinis. Debet filius: debet [14] & filia. *L. filia. C. de patr. pot.* Debent filii: debent & nepotes: nec intereſt, ſintne in poteſtate & familia parentum eorum, de quibus alendis agitur, an non ſint. ead. *L. ſi quis a liberis, §.* 1. Impubes adeo quanvis emancipatus patrem alere cogitur. ead. *L. §. non tantum*. Sed & miles; quanvis ea ſit militis conditio, cui multa ex privilegio tribuantur conſtitutionibus. ead. *L. §. ſi mater*, in fin. Hæc debent liberi parentibus, & his item omnibus, ſine exceptione, ut patri, matri, avo paterno & materno, itemque aviæ ſimiliter paternæ & maternæ. Quod & ex priore illo efficitur. Non eſt enim filius niſi patri aut matri, nec nepos niſi avo aut aviæ. ead. *L. §.* 1. Sed debent eadem illa conditione, qua parentes liberis, ſi parentes egeant. ead. *L. §. non tantum, d. L. ult. §. ipſum autem, C. de bon. quæ lib.* Debent parentibus alimenta, cæteraque omnia, quæ alendis & exhibendis parentibus neceſſaria ſunt. ead. *L.* in pr. Æs alienum parentum exſol-

10) Vid. Gœd. *ad d. L.* 43. *& ſeq.* Scip. Gentil. *lib. de alim. ad Orat. D. Marci* C. 2. fuſe Io. P. Surd. *de alim. tit.* 4. per aliquot priores QQ. Coler. *Lib.* 2. *de aliment. Cap.* 1. Obiic. Immo habitatio & veſtitus alimentorum verbo non continentur *L.* 8. §. 12. *de tranſact.* Reſp. Quando & alienatione & remiſſione alimentorum agitur, ut *d. §.* 12. anguſtior ſignificatio, ut in materia odioſa, ut ad cibaria coarctetur. Alias, & in materia benigna, plenior interpretatio, Cuiac. *ad d. L.* 8. Baro *ibid.* P. Fab *ad L.* 12. *de R. I. pag.* 81. Goth. *in not. d. L.* 6. *de alim. leg.* Menoch. *arb. Ca.* 170. *n* 28. *& ſeq.* Baron. 1. *aſſ.* 47. Aliter Gœd. *ad d. L.* 44. *n.* 7. *&* 2. *ſeqq.*

11) Intellige inſtitutionem liberalium artium. Inſtitutio autem opificii, qua victus quæritur, continetur, *L. ult. C. de alim. pup. præſt*, ita Gœd *ad L.* 44. *de V. S. n.* 10. Menoc *Cap.* 501. *n.* 8. teneri patrem ad erudiendum filium vel imbuendum aliqua arte per *L.* 4 *Ubi pup educ.* alias, ait, filius patri deinde indigenti non debet vitæ neceſſaria ſubſidia, per quem artem nullam edoctus, & Coler *Lib.* 1 *C.* 5. *n* 51. Non autem cogi patrem ſumptus ſtudiorum filio ſubminiſtrare, poſt Bart. *in L.* 6. *§.* 5. *de Carb. ed.* Padilla *ad auth. res quæ C. Comm. de leg. n.* 92. Gomez. *in L. Tauri* 29. *n.* 18. Contra tamen videtur dicendum, ſi facultates patris patiantur & circumſtantiæ aliæ id ſuadeant, per *tex d L.* 6. *§.* 5. *& arg. L.* 4 *Ubi pup. educ.* vid Io Bapt. Pontan *de alim C.* 7. *n.* 4.

12) Cauſſis, plures ex quibus alimenta negantur, habent Io. P. Surd *de alim. tit.* 7. Io Bapt. Pontan *de alim C.* 5. vid. Menoc. 4. *præſumpt.* 191. *n.* 14. *& ſeqq.* Quid ſi ad alimoniam præſtita filius luxurioſe prodegerit? Non cogi patrem iterum præſtare vult Vaſq. 1. *ill. Contr.* 35. *n.* 14. *& ſeq.* (1). Quia culpa illi filio, ſuo auctori, non patri, nocere debet. (2) Quia obligationi pluſquam ſemel ſatisfacere non tenemur, *L qui bis* 18. *de V. O.* (3) Nec auxilio legis dignus, qui eo iam prave ante abuſus. Diſſ. poſt alios nec ſine ratione, Martin. Coler. *Lib.* 2. *de alim. C.* 2. *n. & ſeqq.*

13) Vid. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 1. *pag.* 6. *&* 3. *Semeſtr.* 13. *pag.* 172. *& ſeq.* Henr. Steph. *in Iur. Civil. font. & rivis pag.* 14. *& ſeq.* Hac de re dicebant ἀντιπελαργεῖν. Et hinc πελαργικοὶ νόμοι, quaſi dicat Ciconariæ leges, H. Steph. *d. lo. pag.* 16. Hinc.

Homer. Iliad. IV. v. 746. de Simoiſio

. . . . οὐδὲ τοκεῦσι
θρέπτρα φίλοις ἀπέδωκε, μινυνθάδιος δέ οἱ αἰών:

genitoribus ille rependit,
Non alimenta ſuis, brevè at illi contigit ævum.

De alimentis parentibus debitis fuſius Io. P. Surd. *tit.* 1. Q. 17. *& ſeq.* Pontan. *de alim.* C. 9. Coler. *Lib.* 1 C. 5. Alendus autem pater quanvis infidelis vel proſcriptus, *Gl. in C. ſi qui filii* 30. *diſt.* ref. Loriot. *ad L.* 8. *de R. I.* & Menoc. *de arb iud.* Q. 90. *n.* 45.

14) Mira fuit Ægyptiorum conſuetudo, qua filiis parentes alendi nulla, filiabus ſumma neceſſitas, de qua Herod. *Lib.* 2. Pompon. Mela *Lib.* 1. *de ſitu orbis*. Cæterum fratri ditiori alendam ſororem inopem volunt DD. per *L.* 4. *ubi pup. educ.* de quo Pont. C. 10. *Col. Lib.* 1. C. 9. Surd. *tit* 1. Q. 25. *&* 2 *ſeqq.* ubi Q. 27. de primogenito, quando fratribus in ſucceſſione præfertur, quatenus fratres alere teneatur.

ſolvere non coguntur. ead. *L. §. parens*. Alimentorum modus idem, qui ſupra in obligatione parentum, ut conſtituantur hæc pro modo facultatum filii. ead. *L. §. ſi quis ex his*. Neceſſitas præſtationis in iudicio, & cogendorum ad hanc præſtationem liberorum ratio eadem. *d. §. ſi quis ex his*, & *§. non tantum, ſeq.*

XI. Quæritur in utraque hac obligatione & petitione alimentorum, quoniam hæc non debent niſi parentes liberis, liberi parentibus, quid iudicem de alimentis præſtandis aditum facere oporteat, ſi vel parens neget filium, idcireoque alere ſe non debere contendat, vel filius neget parentem. Atque hoc quæritur, poſſitne iudex de ea quæſtione cognoſcere, atque ita de alimentis decernere; an vero debeat remittere rem ad præiudicialem actionem. Movet dubitationem, quod cum agitur de liberis cognoſcendis, id eſt de eo, an quis ſit filius, necne, pater aliquis necne, agitur præiudicio, ſeu præiudiciali actione. *§. præiudiciales, Inſt. de act.* Quo in iudicio ſententia ius facit non tantum inter eaſdem perſonas, inter quas actum eſt; ſed & inter omnes alios, inter quos quandoque de eadem re movebitur quæſtio, fueritne filius Lucii Titii is, qui talis pronunciatus eſt, & contra. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. in pr. *D. de lib. agnoſc.* Atqui hoc ipſum quæritur, cum vel parens negat filium ſuum eſſe eum, qui alimenta deſiderat; vel filius parentem. Quare videri poteſt & de eo præiudiciali actione prius agendum, ut cum de eo conſtiterit, ſic deinde ex eius iudicii eventu de alimentis in utramque partem ſtatuatur. Sed aliter Ulpianus in *d. L. ſi quis a liberis, §. ſi vel parens*. Vult iudices de alimentis aditos in hac controverſia etiam de conditione perſonarum cognoſcere debere, & [15] ſummatim; ut ſi conſtiterit filium vel parentem eſſe, tunc ali iubeant. Si non conſtiterit, nec decernant alimenta. Ne quis autem putaret fieri hoc contra formam iuris, quæ in huiuſmodi controverſiis præiudicium exigit, quo res pleno iudicio diiudicetur, aut etiam iniuriam fieri condemnato, quod ſummaria cognitione de ſtatu eius cognoſceretur, monet neutrum horum in propoſito eſſe metuendum: quia iudex non de ſtatu pronuntiaret principaliter, ſed de alimentis, in quorum iudicium incideret quæſtio de ſtatu: idem in *L.* 1. *C. de ord. iud.* Hinc evenire, ut cum pronuntiaverit iudex aliquem ali oportere, ea res non faciat præiudicium ideſt non faciat, quominus parens aut filius, iterum præiudiciali actione expertus audiatur probare volens ſe parentem aut filium eſſe, vel non eſſe.

XII. Sed & liberi præter alimenta parentibus reverentiam & honorem debent. Iis quidem quorum ſunt in poteſtate, ſine controverſia. Qui quomodo a filiis pro poteſtate hoc exigant, & ſi quid contra factum ſit, quomodo in eo ius ſuum teneant, diximus ſupra in iure patriæ poteſtatis, *lib.* 2. *cap.* 25. Sed debent ex æquo omnes omnibus parentibus. Liberi ſive ſint in poteſtate, ſive non ſint, ſive maſculi, ſive fœminæ; parentibus utriuſque ſexus, idque in infinitum. *L.* 4. *L. filia, C. de patr. pot. L.* 4. in fin. & *L. parentes, D. de in ius voc.* Quod & ipſum pietatis ratio exigit. Unde qui hanc reverentiam ſive patri, ſive matri non exhibet, pietatem lædere dicitur in *d. L.* 4. *C. de patr. pot.* Huic reverentiæ atque honori quatuor tributa ſunt iure civili. Ne quis parentem in ius vocet ſine permiſſu prætoris. *L.* 4. *L. parentes, D. de in ius vocand.* Ne qua adverſus parentem intentetur actio, ne qua ſit ab eo poſtulatio, quæ fraudis vel doli tanquam ab illo admiſſi habeat mentionem. *L. parens. L. nec ſervi. L. licet. D. de obſ. par.* Ne conveniatur parens ultra quam facere poteſt: *d. L. licet. de obſ. par.* Ne qua contumelia aut iniuria afficiatur. *L.* 1. *D. de obſ. parent. L.* 4. *C. de patr. pot.* Sed ne quam in hoc debito obligationem ſimilem ſuperiori requiramus, ſciendum eſt huius omnis reverentiæ obligationem (ſi modo obligatio proprie dicenda eſt) multum diſtare a ſuperiore, atque adeo proprie non eſſe ex eo genere obligationis, quod nunc quærimus. Debet parens alimenta liberis: debent liberi parentibus. Vere debent, & huius rei civilis obligatio eſt. De his, quæ ab invito exigi poſſunt. Id eſt ita peti, ut vel parens vel filius neceſſe habeat ea præſtare; quæ eſt definitio debitoris, & obligationis. *L. debitor, D. de verbor. ſignificat. Inſtit. de obligat.* in princ. At reverentia iſta omnis ita debetur parenti, ut nulla hic illi ſit actio ad reverentiam exigendam: ſed tantum ut ſi quid iure communi tentet filius adverſus eam facere in iudicio, facultas ei denegetur: ſi quid iam fecerit, ſit qui-
dem

15) De qua probatione filiationis Io. Bapt. Pontan. *de alim. C.* 3. Martin. Coler. *Lib.* 3. *C.* 1. *&* 2.

Digitized by Google

dem adverſus eum actio, ſed quæ potius ex delicto naſcatur, quam ex conditione perſonæ. Ut, famoſo iudicio adverſus parentem filius experiri non poteſt. Quid ſi hanc actionem inſtituat? Quoniam iudicio nondum cœpto res adhuc integræ ſunt, nulla hic alia pœna eſt, quam ut ei denegetur actio. *d. L. parens. de obſ. paren.* Convenitur parens a filio in ſolidum. Huic conventioni re integra ſic occurretur, ut ſi parens ſolvendo non eſt, condemnetur a iudice in id ſolum, quod facere poteſt. Si in ſolidum condemnatus ſit, nihilominus adverſus actionem iudicati parens hac exceptione utetur. *L. ſunt qui.* & ſeqq. *D. de re iudic. argum. in L. maritum. L. ex diverſo. §. ult. D. ſol. matrim.* Si quis autem in ius vocaſſet olim parentem ſine venia prætoris, quaſi iam admiſſo delicto conſtituta erat actio adverſus filium in quinquaginta aureos. *L. penult. D. de in ius voc.* nempe propter ductionem, qua olim qui in ius vocati erant, ſi ſponte non irent, duci poterant. *tit. D. in ius voc. ut eant, vel ſat. vel caut. dent.* In quo nonnulla erat contumelia, ſi quis hunc metum ductionis patri intentaſſet ſine permiſſu. Quod ſi qua iniuria parentem filius affecerit, eſt & hic patri actio adverſus filium; ſed illa communis iniuriarum, quæ cuivis alii competeret, qui iniuriam eſſet paſſus. Ut appareat hanc actionem nequaquam ex conditione ſola perſonæ naſci, ſed ex maleficio. Tantum in hac cauſa propter perſonam parentis creſcit iniuriæ crimen: quod ideo adverſus filium qui pietatem lædit, ſeverius vindicatur. *d. L* 4. *C. de patr. pot.* §. *atrox. Inſt. de iniur.*

XIII. Liberti libertæve erga patronum eadem prope obligatio, quæ liberorum adverſus parentes. In [16] alimentis plane eadem. Niſi quod libertus alimenta non tantum patrono præſtare debet, ſed & liberis patroni, itemque parentibus patroni. Cæteris rebus eadem: ſcilicet ut his alimenta præſtare debeat egentibus, conſtituatur autem pro modo facultatum liberti; & in his eadem ſit neceſſitas præſtationis per iudicem. Sed etſi eum de alendo patrono quis convenitur, neget is ſe eſſe libertum, idem faciendum hic quod ſupra, ut iudex ſummatim cognoſcat, an ſit libertus, & ſi libertum eſſe conſtiterit, decernat alimenta, nec tamen alimentorum decretum tollat liberto facultatem, quominus præiudicio certare poſſit, ſi libertum ſe neget. Præiudicio idelt præiudiciali actione, de qua in §. *præiudiciales, Inſt. de act.* Hæc Ulpianus ad illam ſententiam in *d. L. ſi quis a liberis*, §. *ſolent.* uſque ad fin. *de agn. lib.* Aliis in rebus, quam alimentis, etiam liberti obligatio plenior, quam liberorum erga parentes. Debet enim libertus patrono hæc quoque pro ea pietate, qua obſtrictus eſt patrono; obſequium, operas, ſucceſſionem. Sed & in his non proprie ea eſt obligatio, de qua quærimus. Nam aut non naſcuntur ſuperiora ex ſola conditione perſonæ, ut operæ; aut ſi naſcuntur, ut obſequium, ſucceſſio, non tamen petuntur iſta a liberto, ſed obtinentur aliter ſuis quibuſdam modis. Quibus de rebus diximus in iure patronatus, *lib.* 2. *cap.* 17. & 18.

XIV. Patronus contra conditione perſonæ liberto nihil debet. Uſque adeo, ut nec neceſſe habeat alimenta præſtare egenti & petenti liberto, etiam ſi poſſit. Quod tamen ſic accipiendum eſt, ſi patronus omnia alia commoda quæ a liberto eſſe poſſunt contemnens ſtatuat apud ſe omnino libertum non alere. Quod ſi pœnam huic deſertioni propoſitam ſpectamus, prope eſt, ut exiſtimetur patronus ad alimenta liberto egenti præbenda aliquatenus eſſe obligatus. Placet enim, ſi liberto petente ea non præſtet patronus, amittere & hereditatem liberti, & iam nunc ea quæ libertatis cauſſa ſunt impoſita, ut operas, donum, munus. Hæc in *L. alimenta*, in pr. *D. de agnoſc. lib.* Quod ſi hæc exigere volet, etiam egenti præſtare debebit alimenta. Et quidem de operis ita ſcriptum eſt in *L. ſuo*, 18. & duabus ſeqq. *D. de op. lib.* ſuo victu veſtituque operas præſtare debere libertum Sabinus ſcribit. Quod ſi alere ſe non poſſit, præſtanda ei alimenta a patrono. Aut certe ita exigendæ ſunt ab eo operæ, ut his quoque diebus, quibus operas edat, ſatis temporis ad quæſtum faciendum, unde ali poſſit, habeat. Quod ſi non fiat, prætorem ipſam patrono denegaturum operarum præſtationem.

XV. Quomodo ſolvantur hæ obligationes, non eſt difficile ex ſuperioribus intelligere. Cum enim perſonæ conditio, & pietas, caritaſque ſola huic generi locum faciat: ſequitur, ut eadem conditione perſonæ manente, perſeveret etiam obligatio. Perſona autem ſublata, una etiam

[16] De quo Io. P. Surd. *tit.* 1. *q.* 51. ut & in ſeqq. de aliis quibus alendi incumbit neceſſitas.

iam obligatio cum perſona exſtinguatur, ſive is deceſſerit, cui ſuperiora præſtanda ſunt, ſive is, qui debuit præſtare. Ideo reſcriptum eſt [17] heredes filii ad ea præſtanda, etiam quæ vivus filius ex officio pietatis ſuæ dabat, invitos cogi non oportere: cum hac exceptione tamen, niſi in ſummam egeſtatem pater deductus ſit. *d. L. ſi quis a liberis, §. parens, eod. tit.* Unde intelligimus ne in hac quidem ſumma egeſtate cogendos alere parentes defuncti, ſi filius vivus nihil his præſtabat.

17) Ut nec exheredatum iuſte filium heredi patris alendi ſit neceſſitas. Martin. Coler. *Lib. 1. C. 2. n. 61. & ſeqq.* Vidua quando ab heredibus alenda, Coler. *d. Lib. 1. C. 11.*

C A P. V.

De cauſſis quatuor receptis obligationis privatæ principalis, Contractu, quaſi contractu, Maleficio, quaſi maleficio. Huius diviſionis uſus. Has cauſſas quatuor recte ſtatui ſolas. Non repugnare obligationem ex pollicitatione, & voto, non diviſionem Caii, quæ exſtat in *L.* 1. in pr. *D. de obl. & act.* Non diviſionem Modeſtini, quæ traditur in *L. obligamur*, 52. *D. eod.* & de ea quid ſentiendum. Ad extremum demonſtratio adhibita, cur ex ſuperioribus factis quatuor omnium obligationum, quæ ex facto ſint, cauſſæ ducantur.

Tranſitio, & diviſionis ſuperioris continuatio. I.
Obligationum cauſſas, ſeu facta, ex quibus naſcitur obligatio, eſſe quatuor; & quæ huius partitionis uſus. II.
Quadruplex illa partitio recta & plena, etſi nec pollicitationem contineat, nec votum. Et quare. III.
Cum illa Caii diviſio, quæ eſt in L. 1. *in princ.* D. de O. & A. *tradita conſentit, & quomodo,* IV.
Modeſtini diviſio quæ eſt in L. 52. *in princ.* D. de O. & A. *non modo ſuperiore Iuſtinianea inferior, ſed multis partibus vitioſa, Quinque in illa peccantur, & quæ.* V. VI. VII. VIII. IX. X.
Superior, & recepta Iuſtiniani & Caii diviſio retinenda. XI.
Cauſſas iſta, & genera omnia obligationum complectitur; & quomodo. XII.

I. CUm a ſuperioribus perſonis diſceſſerimus, & earum rerum præſtatione, quas ſupra diximus, tum vere dicitur nullam obligationem privatam, quæ quidem ex perſona obligati naſcitur; non aliunde obligato naſci, quam a facto aliquo præcedente, quod obligationi cauſſam præbeat.

II. Recte item dicitur, ea facta eſſe hæc quatuor, quæ apud Iuſtinianum poſita ſunt in *§. ult. Inſtit. de obl.* totidem ſcilicet obligationum cauſſas. Contractum; quaſi contractum; Maleficium; quaſi maleficium. Cuius diviſionis uſum hunc perpetuo in promptu habere debemus, ut quoties petetur aliquid tanquam debitum, quæreturque an inter privatos, qui conditione perſonæ nihil eorum debeant, quæ ante diximus, ſciamus ex hac diviſione iudicium fieri debere, hoc modo: ut ſi quod factum ex his generibus intervenit, ſit obligatio, & quod inde debeatur: ſi nihil eorum intervenit, meminerimus extra has cauſſas non eſſe obligationem, eoque nihil deberi. Qua eadem ex re fieri intelligemus, ut & illic peti poſſit iudicio, quod debetur; & hic nulla ſit actio, nulla petitio. Scilicet quia obligatio civilis, quam nunc quærimus, actionem parit, ut dixi: & vice verſa nulla ſit actio in perſonam, ideſt de eo quod debetur, niſi adverſus obligatum, eoque niſi ex obligatione. *§. 1. Inſt. de act. L. actionum. D. de obl. & act.*

III. Sed hæc ita, ſi modo non plures ſint cauſſæ obligationum conſtituendarum in hoc genere, quam ſuperiores quatuor. De quo quia vel propter alia quædam facta, vel propter alios locos dubitari poteſt, danda eſt opera iam ſtatim a principio, ut adverſus eas dubitationes hæc nobis diviſio recte conſtituatur. Ac primum duæ ſunt obligationum cauſſæ in facto obligati poſitæ; quæ tamen ſuperio-

re

re diviſione non continentur, pollicitatio, & votum. Pollicitatione obligamur reipublicæ certis conditionibus. *L. 1. D. de poll.* Voto obligamur Deo, eoque & reipublicæ quæ votum exigit. *L. 2. §. 1. D. eod.* Neutra tamen harum cauſſarum ad ullum ex ſuperioribus generibus quatuor pertinet. Id quod ſi conſtabit de pollicitatione, conſtabit etiam de voto: quoniam votum nihil aliud eſt, quam pollicitatio, qua voventes quid pollicemur Deo. Ac pollicitationem maleficium non eſſe, aut quaſi maleficium conſtat. Quid enim delinquit, qui de ſuo largitur? Nihilomagis, quam qui donat, aut contrahit. Sed nec quaſi contractus eſt. Etſi enim in utroque genere unius obligati factum verſatur; nemo tamen in quaſi contractu quod facit, ideo facit, ut obligetur, ut dicetur in eo genere. In pollicitatione contra ideo quiſque pollicetur, ut præſtet, quod pollicetur, eoque tantum pertinet polliceri. Multo minus pollicitatio eſt contractus. Nam contractus eſt duorum pluriumve in idem conſenſus, ut dicetur ſuo ordine. Pollicitatio autem eſt ſolius offerentis promiſſum. *L. 3. D. de poll.* Non ergo omnes cauſſas obligationum continet ſuperior diviſio, faciendumque videtur, ut & quintum genus adiiciamus, quo duo iſta contineantur. Et fatendum eſt non contineri iſta ſuperiore diviſione. Sed non eo minus recta eſt & plena diviſio, ſi hoc ſtatuerimus, diviſionem poni debere in obligatione privata, quæ ex facto naſcatur, quo & a nobis nunc refertur. Hoc genus obligationis ex ſuperioribus cauſſis quatuor tantum naſcitur; ex pollicitatione nullo modo. Nemo privatus pollicendo ſe quid privato præſtiturum [1] pollicitatione obligatur. Certi enim iuris eſt, nec ex pacto actionem naſci. *L. iuris gentium. §. quinimo, D. de pact. L. legem. C. eod.* Quanto minus ex pollicitatione; quæ hoc minus continet quam pactum, quod pactum habet duorum conſenſum; pollicitatio [2] unius tantum offerentis voluntatem? *d. L. 3. D. de poll.* Quod ergo pollicitatione obligatur quis, tunc ſolum receptum eſt, cum pollicetur reipublicæ, cui & proprio quodam iure reipublicæ obligatur. Id ius in republica publici iuris pars eſt. Quare & ad ius publicum civitatum ac rerumpublicarum referendum eſt, & ponendum in ea obligatione, quam ex parte publicam eſſe diximus. Voti eadem ratio.

IV. Rurſum multo plures cauſſas poſuiſſe videri poſſit Caius etiam privatæ obligationis in *L. 1. D. de oblig. & act.* Sic enim ſcribit: ***obligationes aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſſarum figuris.*** Hæ figuræ ut variæ, ita propemodum innumeræ. Non ergo, dicat aliquis, in his duo tantum iſta genera reliqua quaſi contractus, & quaſi maleficium. Hæc enim nec ſunt varia, nec innumera, Immo in his duo tantum genera reliqua de Caii ipſius ſententia. Ait extra contractum & maleficium obligationes naſci ex variis cauſſarum figuris. Recte. Figuras enim vocat formas, ideſt ſpecies, cauſſarum ideſt factorum & negotiorum; quæ in contractum, aut maleficium non cadunt. Has ſpecies recte dicit eſſe varias, adde ſi placet, eſſe prope innumeras. Species tamen ſunt; quas nihil prohibet ad certa & pauca genera referri, quorum & ſpecies ſint. Quod & in propoſito accidit. Ea enim genera ſunt hæc in ſumma duo, [3] quaſi contractus, & quaſi maleficium, de quibus & Caius ſenſit. Non expreſſit hæc quidem in diviſione: ſed hoc ſe intelligere, in explicatione diviſionis ſubiecta planum fecit. De his enim variis figuris cauſſarum agens poſtea in *L.*

1) Ita & Loriot. *de Iur. Arte tr. 17. & ſeqq. axiom. 12 & ſeq.* addens tamen pollicitationem inter privatos dotis *L. 1. §. pen. de collat. dot.* & ſalarii *L. 56. §. pen. Mand.* exactionem producere.

2) Eſt enim ſolius pollicentis promiſſio, Govean. *in L. 5. ad L. Falc. n. 3.* non ſequuta acceptatione Gomez. 2. *reſol. 9. n. 1.* Diſſent. Vacon. 5. *Declar.* 65. putans pollicitationem quoque habere duorum conſenſum, & poſt Connan. 5. *Comm.* 8. Fachin. 8. *Contr.* 64. quia in *d. L. 3.* non dicitur ſolius offerentis *conſenſus*, ſed *promiſſum*. Quid igitur ſi præſenti & tacenti fiat promiſſio, pollicitatio erit, an pactum? Incerti rem certant; auctoritates & rationes hinc inde adducit Andr. ab Exea *lib. Pactorum n. 12. & ſeqq.* accedens n. 78. probatiori, ceu refert, ſententiæ, quæ vult eſſe pactum, & Ioan. Bapt. Caccialup. *de Pact. Q. 5. n. 4.* Contra Gomez. 2. *Reſol. 9. n. 2.* Fachin. *d. C. 64.* Parlad. 2. *rer. quotid. 3. n. 4. & 5.* (qui & hanc receptiorem eſſe teſtatur) quia non in hoc conſiſtat diſcrimen, ſed in eo quod ad pactum neſſarius tractatus & ultro citroque conventio, non item ad pollicitationem. Turamin. *Epiſt. Academ.* 23. hoc amplius, poſſe etiam præſenti & conſentienti fieri, uti Procuratori reipublicæ ſi is pollicitationem recipiat. Neque enim dici poteſt hoc caſu pactum eſſe, quia id eſt conſenſus duorum in idem. Hic vero neuter conſentit in pactum. Nec conſenſus Procuratoris vitiat pollicitationem, quia ei perfectæ accedit, ad exſequendam non ad perficiendam obligationem; neque eius ſubſtantiam ingreditur, quia non ſolent quæ abundant vitiare. Nec definitur pollicitatio in *L. 3. h. t.* ſed docetur quomodo differat a pacto. Differt autem non in eo quod hic nequeat adeſſe conſenſus recipientis, ſed quod is, ſi adſit, pollicitationem non ingrediatur. Ita Turamin. Quin & præſenti fieri debere pollicitationem probat Cuiac. 26. *Obſ.* 19. ex vocula *offerentis* in d. *L. 3.* iunct. *L. 25. Depoſ.* & ex *L. 9. de pollicit.* in verbis *apud rempublicam*. & quia per epiſtolam facta non valet *L. 5. d. Tit.*

3) Conſentit Giſan. *in d. L. 1. in pr. n. 3* Vult. *in §. ult. I. de Obl. n. 4.* Sed de contractibus innominatis ea verba accipit, Hot. *in Conieɛt. de praſcript. verb.* Hopper. *Lib. 1.* [illegible] *ad tit. I. de Oblig. pag. 3.*

Digitized by Google

in *L. 5. alias. L.* 4. §. 1. uſque ad fin. *D. de obl. & act.* pleriſque & his longe diſſimilibus propoſitis, eas generibus diſtinguit, & hæc duo tantum facit, ac verbis ita notat, ut in alio quaſi contractum, in alio quaſi maleficium nominet, ad quæ iſtas cauſſas dicit referri. Non dubium igitur, quin & hæc ipſa duo in diviſione ſuperiore Caius intellexerit. Quæ cum eſſent tum aperte ex eius ſententia, deinde tranſlata ſunt expreſſius in diviſionem Iuſtiniani, mentem Caii ita interpretantibus iis, qui diviſionem in *Inſtitutiones* tranſtulerunt. Quod illos ita eſſe interpretatos liquet ex eo, quod in explicatione iſtorum generum duorum exempla, atque adeo verba ipſa Caii quæ ad illas varias cauſſarum figuras pertinebant, per omnia retinuerunt: cum tamen proponerent ſe agere de his obligationibus, quæ quaſi ex contractu, & quaſi ex maleficio naſcuntur, generibus ante in diviſione ſumma propoſitis. Et hæc quidem Caii ſententia eſt, cum diviſione Iuſtiniani ſuperiore plane conſentiens. Quod ſi de re quæritur, ne hoc quidem verebimur, ne non omnes ſpecies cauſſarum, ex quibus obligatio & actio in perſonam oriuntur, etiam illæ quas commemorat Accurſius in *d. L.* 1. *de oblig. & act.* ad ſuperiora quatuor genera recte referantur, contra quam ille ſenſit. Quod cum ad ſingula genera ventum erit, intelligetur.

V. Sed rurſum tertio loco nos impedit diviſio Modeſtini, quæ traditur in *L. obligamur, D. de obl. & act.* ubi ille pro quatuor cauſſis, quas ſupra diximus, octo poſuit, his verbis: *Obligamur,* inquit, *aut re, aut verbis, aut ſimul utroque, aut conſenſu, aut lege, aut iure honorario, aut neceſſitate, aut ex peccato.* Sed ſciamus in hac tota diviſione cauſſas ex quibus obligatio oritur, non plures poſitas eſſe, quam ſuperiores quatuor. Si qua autem præterea membra addita hic ſint, eas non eſſe cauſſas, ex quibus ſeu propter quas obligatio naſcitur, de quibus nunc quæritur. Id ita facile poteſt intelligi. Nam ſpecies quatuor illæ, quibus obligari nos dicit re, verbis, ſimul utroque, conſenſu ſpecies quidem plures ſunt diſtinctæ inter ſe, ſed quæ ad unum genus referuntur, contractum. Contrahitur enim his modis obligatio, re, verbis, conſenſu. Eaque rurſum contractus diviſio eſt poſita in *d. §. ult. Inſt. de obl.* Quare & hæc ſatis complectitur, qui contractum nominat. Quod & ſolum faciendum fuit ei, qui in diviſione genera ipſa proponeret. Quæ deinde ſingula in ſuas quæque ſpecies partiretur. Quod a Caio & Iuſtiniano recte ſervatum eſt. Quod autem dicit Modeſtinus obligari nos ex peccato, id ipſum exprimit, quod ſuperiore diviſione dicitur, obligari nos ex maleficio, aut quaſi maleficio. Nam peccatum hæc duo genera continet. Quod ſi quis contineri non putabit (de quo poſtea ſuo loco) fiet hoc modo, ut potius deſit aliquid diviſioni Modeſtini, quam illi propoſitæ ſuperiori. Quod addit obligari nos *lege, iure honorario, neceſſitate,* apparet quidem membra hic eſſe, quæ non ſint in diviſione Caii & Iuſtiniani. Sed non ſunt hæ cauſſæ, propter quas obligatio naſcitur. Indicant tantum ius, quod conſtituit obligationem, de quo nunc non agitur. Non enim quærimus, quo iure conſtituatur obligatio, ſed quibus ex cauſſis. Cauſſæ vero non ſunt plures, quam illæ ſuperiores quatuor, vel auctore Modeſtino, qui pauciores poſuit; plures certe non enumeravit. Nihil habet igitur iſta Modeſtini diviſio, cur in cauſſis obligationum, de quibus agitur, quidquam diviſioni ſuperiori Iuſtiniani deeſſe debeat exiſtimari. Sed tamen reſtabit adhuc hæc dubitatio. Nam cum alia ſit diviſio Iuſtiniani; alia Modeſtini, quæretur ſi una recta eſt, quomodo non ſit altera vitioſa: & ſi una vitioſa, utra rectior, & ea quam ſequi oporteat. Et ſi verum dicendum eſt; quod interpretes ſenſerunt, idem ego ſtatuo de diviſione iſta Modeſtini, non eſſe illam idoneam, ne quid amplius dicatur, qua in hac re utamur, nedum illi alteri opponere debeamus. De ea quidem Accurſius ita ſcribit ad *d. L.*[4] *obligamur,* ad verbum, *lege obligamur,* in fin. *gloſſæ,* ut dicat, *eam diviſionem non eſſe ſolemnem, eoque non eſſe in arbore actionum.* Sed quid illi, aut ego de illa ſentiamus, nihil ad rem pertinet. Movebit alios potius ſcriptoris auctoritas, & quod diviſio in Pandectas relata eſt. Ne ergo ob eas cauſſas diviſio nos fallat, operæ pretium eſt, quod ſine ullo præiudicio dictum ſit, paucis animadvertere vitia eius diviſionis, non illa quidem in rebus, in quibus ius a Iuſtiniano conſtitutum non muto, neque licet; ſed in ratione dividendi & definiendi: cuius peritia non ad ius, ſed ad alias artes pertinet. Idque eo magis faciendum, ut his vitiis animadverſis,

4) Et Goth. *in not. ibid.* confundi a ICto cauſſas iuris cum cauſſis facti. Giſan. *ibid. n.* 2. voculam *obligationis* non proprie & ſtricte a ICto ſumi in *d. L.* 52. ſed latius ut omnia facta contineat, aliquem effectum habentia.

ſis, libentius & certius in diviſione Iuſtiniani ſuperiore acquieſcamus. Et ſunt diviſionis Modeſtini quinque hæc vitia.

VI. Primum, quod cum obligamur lege, aut iure honorario; hæc membra diſtinxit a prioribus, quibus obligamur re, verbis, conſenſu, item & a poſterioribus, quibus obligamur neceſſitate, aut ex peccato; quaſi prioribus aut poſterioribus modis non obligemur lege, aut iure honorario. Quod non ita eſt. Sive enim obligemur ex contractu, ſive ex peccato, & ſive re, ſive verbis, ſive conſenſu ſolo, ſemper obligamur lege aut iure honorario, nec aliter conſtituitur obligatio. Unde omnes obligationes dicuntur eſſe civiles aut prætoriæ, ideſt iure civili in quo lex eſt, vel honorario conſtitutæ aut receptæ, §. 1. *Inſt.* Et ipſa obligatio generaliter definitur vinculum iuris *eod. tit.* in pr. Et vice verſa quæcumque obligationes ſunt ex lege aut iure honorario, ſunt omnes ex una aliqua harum cauſſarum, quas diximus. His enim cauſſis poſtea ſubiiciuntur a Iuſtiniano eæ obligationes, quas prius civiles & honorarias dixerat. §. *ult.* *eod. tit.* Ut ergo per ſe maxime verum ſit obligari nos lege, aut iure honorario: tamen hæc ſubiici eidem diviſioni, & diſtingui a cæteris membris eius diviſionis certum errorem obiicit, quaſi in cæteris non eodem modo obligemur: quod ſi obligamur, incidit res in manifeſtum vitium diviſionis.

VII. Secundum vitium eſt, quod Modeſtious inter modos conſtituendæ obligationis, ſeu inter cauſſas ex quibus obligatio naſcitur, retulit ius, quo obligatio conſtituitur. Nam lex & ius honorarium ſunt iura, quæ conſtituunt obligationem. Hoc quoque vitioſe. Multum enim intereſt inter ius, quod conſtituit obligationem, & cauſſas, propter quas iure obligatio conſtituitur. Multum intereſt, utrum quæramus, quo iure obligatio conſtituta ſit, an vero quibus ex cauſſis. Unde iſta bene diſtincta ſunt, & comprehenſa propriis diviſionibus apud Iuſtinianum. *tit. de obl.* Nam cum quæritur, quo iure conſtituatur obligatio, id explicatur propria diviſione, qua dicuntur omnes obligationes aut civiles eſſe, aut prætoriæ. Cum autem quæritur, quibus ex cauſſis naſcatur; id rurſum alia diviſione proprie ad eam rem accommodata explicatur, cum dicitur omnis obligatio aut ex contractu eſſe, aut ex quaſi contractu, aut ex maleficio, aut ex quaſi maleficio. Hæc autem Modeſtinus quaſi ad eamdem diviſionem pertinerent, miſcuit.

VIII. Tertium vitium eſt, quod eam obligatiooem, qua obligari nos dicit neceſſitate, diſtinxit a duabus prioribus, quibus ſcilicet lege aut iure honorario obligamur. Non minus vitioſe, quam ſuperiora. Quiſquis enim lege aut iure honorario obligatur, is neceſſitate obligatur, quoniam legi parere neceſſe eſt. *L. 2. D. de legib.* Quod ſi Modeſtinus hic intelligit neceſſitate nos obligari, cum obligamur etiam inviti ſine facto noſtro, ut accidit neceſſariis heredibus, quo exemplo ille utitur; idem vitium eſt. Nam heredes non fiunt neceſſarii, nec neceſſario obligantur, niſi lege. §. *ſui*, verb. *neceſſarii*, *Inſt. de her. qualit. & diff.*

IX. Quartum vitium in definitiooe obligationis ex lege. Ille ſcribit lege nos obligari, cum *obtemperantes legibus aliquid ſecundum præceptum legis aut contra facimus*. Utrumque valde reprehendendum. Primum nemo obtemperans [5] legi lege obligatur. Exempli cauſſa, nemo obligatur, teneturve lege Aquilia, qui nulli damnum dat. Nemo lege Cornelia *de ſicariis*, qui hominem non occidit, aut eorum quid non fecit, quæ ea lege vetantur. Eademque ratio eſt in cæteris legibus, quæ quid fieri prohibent. Quioimmo ſi prius obligaremur lege, ut quid faceremus, quod accidit, cum lex iubet aliquid fieri, tum deſineremus lege obligari, cum legi obtemperantes id feciſſemus, quod lex præcipit. Solus is obligatur, & tenetur lege, qui adverſus legis præceptum commiſit. Hic enim ſolus delinquit. Solus autem tenetur lege, ideſt lex coercendo in eum ſolum vim ſuam exercet, qui deliquit. Unde a Papiniano definitur lex delictorum coercitio. *L. 1. D. de leg.*

Et

5) Sed Giſm. *d. lo. n. 2. & 7.* huiuſmodi exempla ponit. Teſtamenta condens, uxorem ducens ſecundum leges eo ipſo facto ſe obſtringit ut teſtamentum, matrimonium, iuxta leges dirigat. *ibid. n. 8.* poſſe & ſic accipi, quod ex iuſſu legis oriatur obligatio ad parendum legi, arg. §. *ſeq.* Et ſic puto debere intelligi ICtum. Hinc enim quæri ſolet an leges obligent in foro animæ ſeu conſcientiæ, de quo alibi. Hinc Lex contractus vocatur a Vaſq. *vid. ſupra Cap. 4 not. 1.* Nec obſiſtunt quæ hic noſter contra. Nam verba aucupari non oportet in ſententia aperta. Non hie ſenſus *d. §. 5.* quod obtemperatio ſit cauſſa pariens obligationem, ſed quod hæc vis legis, ut parere cogat, ac neceſſitatem faciendi, quod iubet, omittendi quod vetat, iniungat. Atque ſic facilis ſolutu obiectio illa: At hac ratione poſtquam paritum eſt legi, obligatio ſublata erit. Nam reſp. Sublata erit recte; ſi Lex aliquid ſemel tantum fieri exigit. Alia aperte ratio eſt legum Aquiliæ & Corneliæ, quæ non ut hodie, non damnum detur, homo interimatur, præcipiunt, ſed omni tempore iſthæc vetant. Summa hæc ſit: Poſtquam omnia facta ſunt quæ lex fieri vult, ſoluta eſt legis obligatio, quoad eum qui fecit, non autem ſi quid faciendum ſuperſit. In quo nihil prope diverſum a ſolutione propriæ ſic dictæ obligationis. Aliter, ſed incommode exponit *d. §. 5.* Cuiac. *17. obſ. 18.*

Et hoc eſt, quod Divus Paulus ſcripſit. 1. *ad Tim.* 1. *C.* legem iuſto non eſſe poſitam, ſed maleficis & delinquentibus. Recte, continet enim lex delicti coercitionem ex ſuperiore definitione, adverſus eos inutilis, qui ſponte faciunt, quæ ſunt legis. Delicti autem coercitio iuſto poſita non eſt: quia iuſtus legi parens non delinquit. Quod autem Modeſtinus ſcribit lege obligari nos, cum contra legis præceptum facimus; recte dicit, idque ſolum verum eſt, ut modo oſtendimus. Sed tum male hoc membrum diſtinguit ab ea obligatione, quæ ex peccato naſcitur. Nam hoc ipſum contra legis præceptum facere, nihil aliud eſt, quam peccare; nec quiſquam iſto facto obligatur, niſi ex peccato. Uti nec contra ex peccato quiſquam, niſi qui contra legem fecit.

X. Quintum vitium eſt, quod cum multa Modeſtinus non neceſſario dixit ad cauſſas obligationum indicandas, non tamen dixit omnia. Omiſit enim quaſi contractum, quem certum eſt omnibus iis membris, quæ poſuit, non contineri. Illud quidem conſtat in quaſi contractu non oriri obligationem aut ex contractu, aut ex peccato. Sed nec obligatio eſt ex lege, ut quidem ipſe lege nos obligari definit. Ex iure honorario nullo modo, quia obligatio ex quaſi contractu omnis ex iure civili eſt, ut ſuo loco dicetur. Ac ne ea quidem obligatio eſt in hoc genere, qua obligamur neceſſitate, id eſt, ut ipſe interpretatur, inviti: quoniam qui ex contractu obligatur, ſæpe facit volens, cur obligetur.

XI. Quæ cum ita ſint, non iam dubitabimus in cauſſis obligationum quærendis, utra nobis ex ſuperioribus diviſio ſequenda ſit, si res in contentionem veniat, iſtane Modeſtini, an illa Caii & Iuſtiniani recepta, qua ſtatuuntur cauſſæ ſuperiores genere quatuor. Contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Immo vero si iſta comparentur, hanc ipſam poſteriorem tanto magis retinendam intelligemus, non ſolum quod in illa Modeſtini nihil eſt, quod quidquam mutet in cauſſis obligationis: ſed etiam quod cæteris rebus ita comparata eſt, ut ipſa per ſe potius tanquam magna ex parte vitioſa & fallax omittenda videatur. Sed in ſuperiore & recepta diviſione tum certius confirmabimur, cum cur dicantur obligationes; ex illis quatuor cauſſis naſci, & quam non poſſint naſci ex aliis, animadverterimus.

XII. Omnis, quæ ex facto aliquo naſcitur obligatio, aut ex facto obligati naſcitur, aut ex alieno: facto ſuo obligatur quiſque vel ex conſenſu, vel ſine conſenſu. Ut quiſque conſenſu alteri fidem dedit ſe ei quid præſtaturum, eum illi fidem ſervare & præſtare, quod promiſit æquum eſt, niſi quid lex iuſtis de cauſſis actionem impediat. Is conſenſus de re aliqua præſtanda, contractus eſt. Extra conſenſum duo ſunt in facto noſtro, quæ nos aliis eo facto ipſo iure obligent, rerum alienarum adminiſtratio ſuſcepta, & delictum. Adminiſtratio rerum alienarum, id genus eſt, quod quaſi contractum vocamus. Sic dictum, quod cum hic neque ſit maleficium, neque contractus, propius tamen ad contractum accedit. Manifeſtum eſt enim nihil delinquere eum, qui alienarum rerum curam ſuſcipit, ut domino conſulat. Delictum, id eſt factum id, quo nocetur alteri, iure ita coercetur, ut ſarciat alteri, quod abſtulit. Id duplex eſt, maleficium, quod proprie delictum eſt, & quaſi maleficium, in quo non tam delictum apparet. Quanquam ſi vere iudicare volumus, uno maleficii & delicti genere continentur omnia, quæcumque extra contractum & quaſi contractum nos tenent. Nam & quod quaſi delictum & quaſi maleficium nominatur a Caio & Iuſtiniano, vere delictum eſt & maleficium, ut dicetur ſuo loco. Sed tamen quia id non tam apparet, partitione recepta docendi cauſſa nunc utemur. Quæ ſi genera iam in unum conferre volumus, efficiuntur nimirum illa ſumma quatuor, quæ poſuimus; contractus, quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium. Alieno etiam facto interdum obligamur & quidem inviti, neque id ſine iuſta cauſſa. Quod fit, cum quis res noſtras utiliter geſſit. Et ſane, inquit idem Caius, ſicut æquum eſt ipſum actus ſui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit, geſſit, vel ex his negotiis retinet: ita ex diverſo iuſtum eſt, ſi utiliter geſſit, præſtari ei quidquid eo nomine vel abeſt ei, vel abfuturum eſt. *L. 2. D. de neg. geſt.* At hic non novum genus naſcitur diverſum a ſuperioribus, ſed hæc eiuſdem adminiſtrationis portio eſt, & eius quem quaſi contractum dicimus. Unde & eo caſu iſtarum rerum quæ ſupra ſcriptæ ſunt, ultro citroque naſcitur actio, quæ appellatur negotiorum geſtorum. *d. L. 2. de neg. geſt.* Proinde & ab hac parte manent eadem genera ſuperiora.

C A P. V I.

In obligationibus ex contractu primam quæſtionem eſſe de contractu, unde obligatio naſcitur. Contractus quid, & quibus rebus perficiatur.

Nexus & ratio ordinis. I.
De nomine contractus, eiuſque definitione quo alio in loco accurate ſatis tractaverit auctor. II.
Propoſita definitio contractus quomodo ſit ex uſu iuris auctorum oſtenditur. III. & ſeqq.
Præcipuæ definitionis partes exponuntur. IV. V. VI.
Theophili definitio mutila & obſcura. VII.
Concluſio capitis. Tria in quibus vis omnis & natura contractus cernitur; & quæ. VIII.

I. DEinceps igitur de ſingulis ordine videamus, ac primum de obligatione, quæ naſcitur ex [1] contractu, quando hoc genus primum occurrit in ſuperiore partitione. De quo ita recte, & commode, ac compendio cognoſcemus, ſi ordinem a nobis ſupra inſtitutum ſecuti, dixerimus de his duabus rebus ordine; Primum de cauſſa huius obligationis, ideſt contractu, ut ſemper cauſſa ſuo effectu prior eſt. Deinde de effectu ideſt obligatione, quæ inde naſcitur; quid hæc contineat ſcilicet, & quas habeat præſtationes. Nam tertium illud, quibus modis ſolvatur obligatio, commune eſt omnium obligationum. Idcirco reiiciendum in extremum locum eum, qui eſt de ſolutionibus & liberationibus; ubi & de hac parte in commune dicatur, quod non minus ad hoc genus pertineat.

II. Obligationis ex contractu cauſſa ſumma una eſt, contractus: cum ita dicamus obligationem hic eſſe ex contractu. *§. ult. Inſt. de obl.* Quapropter ſi ſcierimus quid ſit contractus, & quibus perficiatur rebus, ſimul, qua ex cauſſa, quove modo hinc obligatio naſcatur, noverimus. Quid ſit contractus & ſignificatione verbi, & uſu auctorum iuris, expoſui diligentius ad *L. 1. D. ſi cert. pet.* & quæ de hoc verbo dubitationes eſſe ſolent, expedivi. Nunc tantum dicam, quod inſtituto noſtro conveniat, quodque valeat ad intelligendum id, quod quærimus.

III. Contractus eſt duorum pluriumve conſenſus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, iure ad eam rem & præſtationem comprobatus. Nuſquam exſtat aut hæc, aut alia exacta & ex profeſſo huius verbi definitio apud iuris noſtri auctores, ſed eæ ſunt definitionis huius partes, quæ certis & manifeſtis locis & ſententiis iuris confirmentur. Quod ſi oſtendimus, vera & recta definitio eſt.

IV. Contractus [2] eſt duorum pluriumve conſenſus. Eſt enim omnis contractus [3] conventio. Nam & qui contractus in nomine conventionis non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen, dicuntur conventiones. *L. iuriſgentium*, in pr. *D. de pact.* Conventio autem & pactio idem valent. Eſt autem pactio duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus. *L. 1.* in pr. & *§. 1. D. de pact.* Quare omnis contractus eſt hic duorum, pluriumve in idem conſenſus atque conventio.

V. Sed non omnis conſenſus in idem, id eſt etiam in hoc ut quid fiat, contractus eſt. Duæ ſunt res velut differentiæ, quæ conventioni tanquam generi ſuperiori additæ contractum perficiunt, quas reliquis verbis definitionis complexi ſumus. Una eſt, ut ſit conſenſus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, uno verbo, ut præſtet. Nam conventio utilitate & propoſito acquirendi duplex eſt. Aut enim id agitur, ut quid præſtetur, aut contra

ne

1) Interdum latius accipitur & ſignificat quodcumque cum alio geſtum ut in *L. 12. §. 2. cir. fin. de minor.* & continet in ſe quaſi contractum *L. 1. §. debitum 6 de pec. conſt.* *L. pen. in fin. de ſeparat.* Pac. 2. Q. 91. Videtur contractus triplex acceptio reperiri, Latior ot & delicta comprehendat *L. omnem 20. de iudic.* Propria ut hoc loco: & ſtrictior ubi tantum contractus conſenſu perfectos denotat, quando ſcilicet opponitur geſto *L. 19. de V. S.* vel facto, ut in edicto de *Capite minutis.*

2) Hotom. 1. *an cab* 2 definit, quod ſit; Conventio ioris civilis de negocio gerendo, quod civilem tum obligationem parit. Cuiac *ad L. 7. de pact.* ita: Conventio (*genus*: & negotium *differentia*) ex quo obligatio naſcitur. Quæ verba ſupervacue adiecta contendit Vult. *in pr. I. h. t. n. 33.* quia in voce *conventionis* implicite inſint. Ideo mavult ſic: Conventio habens cauſſam, per *L. 15. de praſcr. verb.* Quomodo autem contractus cauſſam vel negocia in ſe habeant, non item pacta, exponit ibid. *n. 36.* Vid. de definitione contractus P. Nicol. Mozz. *de Contract. in Genere Art. 2,* Gœd. *ad L. 19. de V. S.* Forſt, *de pact. C. 4. pag. 64. & ſeqq.*

3) Conventionis nomen latius *L. 1. §. 3. L. 7. §. 4. de pact.* & pacto quoque convenit *L. 3. de pollicit.* Duar. 2. *Diſp.* 8 Rævar. 1. Greg. Lopez. *Animadv. C. 8. n. 11.* Diſſ. Tob. Parmiſt. *Lib. 1. de Iuriſd C 23. n. 5. & ſeqq.* contractum & conventionem Synonyma faciens, & Fab. *ad L. 23. de R. I.* contractum idem eſſe quod pacto, ſcribens,

ne debitor præſtet, cum paciſcimur, ne ab eo petatur. Hæc poſterior conventio contractus eſſe non poteſt. Interponitur enim liberandi debitoris, & diſtrahendæ obligationis cauſſa. Contractus autem contrahendæ obligationis cauſſa eſt, unde & nomen; ut ſit contrahere, una cum alio obligationem ad unum aliquem trahere. Non poteſt autem, quæ conventio contrahendæ obligationis cauſſa eſt, eadem eſſe diſtrahendæ. Reſtat igitur, ut quæ non poteſt eſſe conſenſus in id, ne debitor præſtet, ſit in hoc, ut quid præſtet. Qua adiectione contractus a conventione liberatoria diſtinguitur. Hoc autem ut quid præſtetur, nihil aliud eſt, quam quod Paulus in *L.* 3. §. 1. *D. de obl. & act.* aliis verbis expreſſit omnem contractum eſſe conſenſum in id, ut obligatio conſtituatur. Nihil enim neceſſe eſt præſtari, niſi obligationis iure; nec ulla obligatio eſt, niſi quid præſtetur, ex definitione. Hæc præſtatio duplex eſt, vel ut quid detur, vel ut quid fiat. Unde omnis ſtipulatio eſſe dicitur aut in dando, aut in faciendo. *L.* 2. *D. de verb. obl.* §. *ult. Inſt. eod.* Et quod de ſtipulatione dicitur, pertinet ad omnes contractus: quorum magis confirmandorum cauſſa adhibentur ſtipulationes conventionales, pendentque hæ ex negotio contracto. *L.* 5. in pr. *D. de verb. obl.*

VI. Nondum ſatis. Altera res differentiæ cauſſa adiicienda eſt, ut ſit hic conſenſus [4] iure civili ad eam præſtationem, de qua convenit, comprobatus: ut ſit videlicet conſenſus interpoſitus ille quidem ad conſtituendam obligationem; ſed idem eiuſmodi, ex quo etiam obligatio re ipſa conſequatur. Quod ita futurum eſt, ſi ſit conſenſus ad eam rem iure comprobatus. Hoc niſi ſit, quæcumque erit conventio ad quid præſtandum interpoſita, non erit contractus; quia non erit ea conventio, qua obligatio contrahatur. Quale nunc contractum intelligi volumus.

VII. Et ideo non ſatis ſcite Theophilus, qui contractum definiens apud Iuſtinianum in ſuperiore diviſione *Tit. de obl.* priora illa duo tantum complexus eſt, tertium omiſit. Ait enim contractum eſſe duorum pluriumve conſenſum & conventionem ad conſtituendam obligationem, ſeu ut unus alteri fiat obnoxius. Conveniunt cætera. Nam ut conſtituatur, obligatio, valet, ut præſtetur uni aliquid ab altero; quoniam omnis obligatio eſt vinculum, & neceſſitas alicuius rei præſtandæ, ut ante dixi. Sed nihil addidit amplius. Quo ſane modo falſa eſt definitio. Argumento eſt certiſſimo pactum nudum, quanvis interpoſitum permutationis cauſſa. Nam ſi convenerit inter nos, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis nomine; eſt hæc quidem conventio duorum placitum & conſenſus in hoc, ut alter alteri quid demus, atque ita inter nos conſtituatur mutua obligatio, iuxta Theophili definitionem. Hic tamen conſenſus non eſt contractus. Nam ex omni contractu naſcitur obligatio quæ actionem pariat. §. *ult. Inſt. de obl.* Ex hoc autem placito ſolo non naſcitur actio, ut in ſpecie permutationis diſerte ſcriptum eſt in *L. ex placito, C. de rer. permut.* & generaliter efficit regula iuris, ex pacto nudo actionem non naſci. *L. legem. C. de pact. L. iuriſgentium*, §. *quinimmo*. *D. eod.* Non ergo ſtatim conſenſus duorum ad conſtituendam obligationem interpoſitus, ſi nihil aliud addideris, eſt contractus. Ac proinde non eſt vera Theophili definitio. Addendum igitur illud tertium, ut cum conſenſus intervenerit, & conſenſus ad dandum aliquid aut faciendum, vel ut Theophilus loquitur obſcurius, ad conſtituendam obligationem, hoc etiam accedat, ut ſit is conſenſus, ex quo etiam iure civili obligatio naſcatur. Quod ut dixi, ita ſit, ſi conſenſus ad eam obligationem & præſtationem eodem iure comprobetur. Quo addito, tum ſit plena & vera definitio. Sic enim exſiſtit ea conventio, ex qua etiam obligatio civilis contrahitur, unde & contractus nomen.

VIII. Ex his poteſt intelligi contractum omnia tria deſiderare, totidemque rebus conſtare ac perfici. Primum eſt, ut ſit duorum pluriumve in idem conſenſus, & uno verbo conventio. Alterum, ut conventio in hoc, ut quid detur, aut fiat: vel aliis verbis, ut obligatio conſtituatur, ad dandum ſcilicet, aut faciendum. Tertium, ut hæc ipſa conventio ad eam rem id eſt ad eam præſtationem & obligationem iure comprobetur, quo ſcilicet ut placet hic obligationem conſtitui, ita re ipſa ex eo conſenſu & conventione naſcatur. Quæ tria cum ſubſtantiam contractus omnis contineant, & habeant ſuam vim eamque diſtinctam per ſe ſingula, quam ad eam ſubſtantiam conferant: in primis autem late pateat tertium, in quo quæ-

4) P. Fab. *ad d. L.* 23. ex auctore vetuſtæ epitomes contractum initio inde dictum quod paciſcendo diverſas, in idem contrahimus voluntates: *Mozz. de contract. in genere art.* 1. *n.* 15. quaſi contra actum.

Digitized by Google

quæritur, quid Ius hic comprobet: amplius ſingula, & diſtincte nobis cognoſcenda ſunt, & quam vim habeant, quidve contineant, conſiderandum. Ita fiet, ut si omnia, quæ in his erunt, concurrent, aut certe cur non sint, nihil repugnet, certe ſtatuamus contractum eſſe conſtitutum, atque hinc obligationem ex contractu. Sin quid eorum deerit, ſciemus tot eſſe impedimenta, quibus efficiatur, ne sit contractus, neve hinc obligatio ex contractu.

C A P. V I I.

Nullum contractum eſſe ſine conſenſu & conventione. Tum quam varie, & quibus rebus fiat, ne ſit conſenſus: eoque ne ab hac parte contrahatur obligatio.

Conſenſus in omni contractu neceſſarius. I.
Ideo & ſine conſenſu nulla nec extat conventio, nec contrahitur obligatio. II.
Conſenſus abeſt aut propter unius factum dumtaxat, aut propter utriuſque contrahentis diſſenſum. III.
Quæ, unius facto conſiſtunt, a contractibus longe diſtant; & quæ ſint eiuſmodi. IV.
Diſſenſus contractui nocet. Arguitur ille aut ex rebus externis, aut ex conceptione conventionis. V.
Diſſenſum faciunt in externis rebus, error promittentis; extorta voluntas; & propoſitum contrahentium. VI.
Error aut in perſona, aut in re promiſſa. Quid ſit uterque. VII.
In materiam rei promiſſæ incidens emptionem vitiat, non autem ſtipulationem. Et quæ diſcriminis ratio. VIII.
In nomine rei proprio, aut perſonæ interveniens, ſi a promiſſa re abſit, & a perſona, qua cum res geritur, non nocet. IX.
In cauſſa dandi qui errat, ex ſtipulatu conventus doli exceptione utitur. X.
Voluntas extorquetur dolo malo, aut aperta vi. Utrumque conſenſui contrarium, adeoque contractui. Bonæ fidei contractus, dolo aut vi interveniente, ipſo iure nulli. Contractus ſtricti iuris exceptione tolluntur. Ratio differentiæ. XI. XII.
Propoſitum contrahentium conventioni contrarium quot modis noceat contractui. XIII.
Simulati contractus, ſeu imaginarii qui, & unde dicti; & quatenus valeant. XIV.
Conſenſui officit & conditio in conventione; & quomodo: ea ſi exſtiterit, valet ab initio contractus ſub conditione conceptus. XV.
Contractum tamen ab initio faciunt irritum conditio impoſſibilis, & quæ in arbitrium promittentis confertur. Quæ utrinſque ratio. XVI.
Si tamen poſterior ipſa fuerit expreſſa conditio; & quæ illius exprimendæ forma. XVII.

I. PRrincipio hoc tenendum eſt, omnem contractum eſſe conſenſum & [1] conventionem. Ut conventio genus ſit; conventionis ſpecies contractus. Nam, ut dixi, & contractus iuris gentium, ut emptio venditio, locatio & conductio, & ſimiles, dicuntur ab Ulpiano Iuris gentium conventiones. *L. iuris gentium*. in pr. *D. de pact.* Quod si quis in hoc genere conventionem & conſenſum ita accipit, ut hunc faciat contractus partem, ut interdum loqui videntur noſtri auctores (de quo ſcripſi ad *L.* 1. *D. ſi cert. pet.*) at certe illud conſtat, quod eodem redit, nullum eſſe contractum ſine conſenſu & conventione. Id Pedius ita expreſſit ut refertur in *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* ut diceret nullum eſſe contractum, nullam obligationem (ideſt nullum factum mutuum, quo ſe aliqui inter ſe obligarent) quæ non habeat in ſe conventionem: ideſt conſenſum, ut paulo poſt ibidem interpretatur. Et si quidem fiat conſenſu, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, ſocietatibus, mandatis, nemo dubitat. At quid si fiat re, aut, verbis? Nam

& hæc

1) Ut homines conveniunt qui ex diverſis locis in unum, & flumina, quæ in unum confluunt, ſic qui ex diverſis animi motibus in unum conſentiunt *L.* 1. §. 3 *de pact. ubi* Cuiac. Et Hot. *ibid.* verbum *conveniendi* a corporibus ad animos translatum eſſe.

& hæc genera numerantur a veteribus, diſtinguuntur que ab iis contractibus, qui conſenſu fiunt. *d. L. 1. §. 1. D. de obl. & act. §. ult. Inſt. de obl.* Quorſum, niſi ut intelligatur in his conſenſum deſiderari, in illis non item, ſed rem & verba ſufficere? Immo in univerſum Pedius, nullum contractum eſſe ait, qui non habeat in ſe conventionem, & ne qua ſuperſit dubitatio, addit; sive re, sive verbis fiat. Ut intelligamus iſtam diviſionem non sic accipiendam, quaſi ſint aliqui contractus, qui conſenſum habeant, alii qui sine conſenſu conſtent ſolum re & verbis: ſed hanc ſignificationem habere, ut ſint, qui conſenſu fiant, ideſt ſolo conſenſu: quidam ita conſtent conſenſu, ut hic non conſiſtant, ſed re addita, aut verbis perficiantur. Cæterum neque hos contractus neque alios ullos sine conſenſu eſſe poſſe. Et ideo, inquit, etiam ſtipulatio, quæ verbis fit, niſi conſenſum habeat, nulla eſt. Idem in *L. inter* 83. §. 1. *L. continuus*, 137. §. 1. *D. de verb. obl.*

II. Sic ergo ſtatuamus ex diverſo, quæcunque hominum actio eſt ad aliquid præſtandum, & obligationem conſtituendam ſeu vere, ſeu verbis in ſpeciem comparata, ſi in ea duorum conſenſus ad eam rem non erit, illic ut nec conventio eſt, sic nec contractum eſſe, nec contrahi obligationem. Tantum hoc nobis conſtitutum eſſe debebit ad hoc genus obligationis ab hac parte removendum, ubi non ſit hic conſenſus.

III. Et ut ne ſit iſte conſenſus in eo quod fit, geritur, duabus rebus efficitur; vel quia unius tantum factum intervenit; vel quia ita res geritur inter duos, quorum unus promittit alteri, ut tamen verbis res ita geratur, re autem vera non conſentiant, qui inter ſe agunt.

IV. Unius tantum facto ad obligationem interveniente, nunquam contractus exſiſtit: quia non eſt hic duorum conſenſus, quem contractus deſiderat. Hac nota diſtinguuntur a contractu hæc; ſupremæ voluntates teſtantium; inter vivos pollicitatio; quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium. Suprema voluntas, veluti heredis inſtitutio, legata, fideicommiſſa, unius tantum teſtatoris voluntas eſt, nihil hic cum herede aut legatariis geritur. Ideo ſupremæ voluntates toto genere a contractibus diſtant. Et hoc eſt quod dicitur in *L. verba, D. de verbor. ſignif.* verba *contraxerunt, geſſerunt*, non pertinere ad teſtandi ius. Hoc enim ſignificatur, ſi qua lex his verbis utatur, horum appellatione ſupremam voluntatem non contineri. Quippe illa contractuum verba eſſe: ſupremam voluntatem contractum non eſſe. Pollicitatio, ut ſupra dixi, eſt unius tantum offerentis promiſſum. Contractus duorum conſenſus; certe non ſine conſenſu & conventione, a qua ideo diſtat pollicitatio *L. 3. de poll.* Non eſt igitur pollicitatio contractus. Unde intelligimus ex pollicitatione privatis nullam actionem eſſe, poſtquam ex ea ſpecialiter nuſquam actio data eſt iure. Nam generaliter ex hac parte non dari indicant definitiones: cum hic dicamus obligationem naſci ex contractu; pollicitatio autem, detracto conſenſu, non ſit contractus. Quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium, in diviſione propoſita aperte a contractu diſtinguuntur. Diſtinctionis nota & ratio hæc eſt, quod contractus habet duorum conſenſum inter ſe; in his autem reliquis generibus tribus verſatur unius tantum factum, ex quo obligatio naſcitur. Sane in quaſi contractu hic uſus eſt iuris auctorum, ut interdum vocetur abſolute contractus: ut tutela in *L. ex contractibus, D. de obl. & act.* negotiorum adminiſtratio in *L. ſed & cum, D. de neg. geſt.* Sed ita dici iſta conſtat abuſive propter ſimilitudinem, quæ ipſis eſt cum contractu, a qua & quaſi contractus nominantur. Nec novum eſt, ut quæ ad alterius ſimilitudinem inducta ſunt, aſſumant nomen rei, cuius ſimilitudinem gerunt. Ut, hypothecaria actio de pignore non eſt vere actio Serviana, ſed introducta ad exemplum Servianæ, qua ratione etiam dicitur uſitate quaſi Serviana. *§. item Serviana, Inſt. de act.* Verumtamen propter hanc ſimilitudinem interdum dicitur abſolute Serviana, ut *L. 3. D. de pign.* Idem accidit & in quaſi contractu, ſicubi & hic appellatur abſolute contractus. Nam revera contractus non eſt, in quo non geritur res duorum conſenſu, ut diſerte traditur in *L. 5.* in pr. *de obl. & act.* de quo plura ſcripſimus *ad L. 1. D. ſi cer. pet.*

V. Sed etsi res geratur inter duos, quorum unus alteri quid promittat verbis, ſi hi inter ſe re ipſa diſſentiant, nulla contrahitur obligatio, aut certe non utilis. Exſiſtit hic diſſenſus ſæpe etiam in contractibus quam optime, ſecundum verba ad obligationem compoſitis. Arguitur autem partim externis quibuſdam rebus, partim conceptione ipſa conventionis.

VI. Externæ res, quæ faciant diſſenſum in eo, de quo agitur, eoque & contra-

tractui obſtent, tres ſunt; ² error promittentis; extorta voluntas; & propoſitum contrahentium obligationi & conventioni inſtitutæ contrarium.

VII. De errore hæ ſunt veterum ſententiæ: Error non habet conſenſum: item non conſentiunt qui errant; item, nihil tam conſenſui contrarium eſt, quam error, qui imperitiam detegit. Hæc in *L. 2. D. de iud. L. ſi per errorem, D. de iuriſd.* Sive igitur qui promittit, erret in perſona eius, cui promittit, ſive in re promiſſa, quorum utrumque ſtipulatione continetur, omnino non obligatur, quia non conſentit propter errorem, qui eſt in his rebus. Errat promiſſor in perſona eius, cui promittit, cum, puta, Sempronio ſtipulanti promittit ſe daturum, dum hunc putat eſſe Titium, cui ſoli promiſſum volebat. Qui ita promiſit, neutri obligabitur; neque Titio, quia huic non promiſit, neque Sempronio, quia in eum errans non conſenſit. *d. L. ſi per errorem, de iuriſd. d. L. 2. de iud. arg. in L. quoties. 9.* in pr. *D. de her. inſt.* In re promiſſa errat, qui ſtipulanti Stichum promittit, cum de alio ſervo ſentiret, quam ſtipulator. In quo etiam errore placet nihil agi, & hoc propter diſſenſum, quem error arguit. *L. inter 83. §. 1. L. continuus 137. §. 1. D. de verbor. obligat.*

VIII. Quid ſi non in corpore rei promiſſæ errent contrahentes, ſed in materia rei dumtaxat: ut ſi in anulum certum conſentiant, ſed qui aureus putabatur, cum æs eſſet forte inauratum? Placet in hoc errore, ſi quidem ematur anulus, emptionem non valere. *L. in venditionibus. §. 1. D. de contr. empt.* Si quis autem hunc ſtipuletur, valere ³ ſtipulationem, & teneri promiſſorem huius æris nomine. *L. ſi id quod aurum. 22. D. de verb. obl.* Recte utrumque. Non enim poteſt hic contrahi emptio de eo anulo, quin ſimul emptor ad pretium conſtitutum obligetur venditori. In hoc autem pretium emptor non conſentit. Neque enim æs unquam tanti emeret, quanti aurum; atque adeo ne ullo quidem pretio æs unquam emeret. At in ſtipulatione nihil eſt, quod impediat ſtipulationis conſenſum in corpore, ſi de corpore ipſo convenit. Nihil enim ille debet viciſſim præſtare eo nomine ex ſtipulatione, ut propterea debeat metuere eius ſtipulationis obligationem. Quare recte fit, ſi ei conceditur uti ſtipulatione in id ſaltem corpus, in quod ſtipulatio concepta eſt. Sic enim fiet, ut ſi æs contemnat, liberum ſit ei non petere. Sin mavult habere, ſaltem id conſequatur, in quod potuit conſentire; & quia ſine damno hic conſenſus eſt, videtur etiam conſenſiſſe. De quo plura ſcripſimus, quæ ad hunc locum pertinebant, ad *d. L. ſi id quod aurum.*

IX. Sed meminerimus errorem exigere nos in perſona ipſa, cum qua res geritur, & in re promiſſa; propter diſſenſum videlicet, qui de his rebus non poteſt non eſſe in eo, qui in his erravit. Diverſum eſt, ſi erretur in nomine proprio perſonæ aut rei de qua agitur, dum de perſona & re ipſa conſtabit. Nihil hic error de conſenſu in eamdem perſonam & eamdem rem mutat. Cum ut bene ſcriptum eſt in *§. ſi quidem in nomine, Inſtit. de leg.* nomina inventa ſint ſignificandorum hominum & rerum gratia, ſi quo autem alio modo intelligantur, nihil intereſt. Ideo placuit errorem in nomine neque inſtitutioni heredis, neque legato neque ſtipulationi nocere. *L. 4. C. de teſta. d. §. ſi quidem Inſt. de leg. L. ſi in nomine. 32. de verb. obl.*

X. Sed etſi erret quis in cauſſa dandi, exiſtimans ſe debere ex aliqua cauſ-
ſa,

2) *L. 116. §. ult. de R. I.* Error quis ac quando impediat conſenſum ut non valeat quod actum eſt, vid. Zaſ. *ad L. cum fundus 31. §. 1. de reb. cred. n. 14. & ſeq.* Pac. *1. enant. Q. 59.* Cuiac. *ad L. 9 de Contr. empt.* Gœd. *de Contr. ſtip. C. 3. n. 7. & ſeqq.* Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q. 5. principali n. 57. & ſeqq.*

3 Ita & notter *ad d. L. 22. n. 4.* aliorum rationem quæ in eo quod emptio bonæ fidei ſtipulatio ſtricti iuris, ut Du r. *ad d. L. 22.* Pac. 1. *Q. 59.* refellens (1) exemplo pignoris *L. 1. in fin. de pig. act.* (2) Quia ſi in materia erratum; aut conſenſum eſt in corpus, & tanto magis contractus bonæ fidei ratus eſſe debet; aut non conſenſum & ideo non valet, quod actum eſt, (quia conſenſus abeſt, quem non minus ſtipulatio requirit) & ſere Cuiac. ibid. & Vult. *ad pr. I. de Empt. n. 18.* ne nimia ſit pretii inæqualitas a iuſto rei valore, & Bron. 2. *aſſ.* 53. Aliter Gœd. *de Contr. ſtip. C. 3. n. 29.* rationem reddens ex natura emptionis, ut pretium ſit corpori æquivalens. Idcirco non tantum ad corpus, ſeu ad id quod in manu pretium eſt, ſed & ad materiæ bonitatem reſpectum haberi. Sed hæc ita, ſi materia toto genere diverſa. Nam ſi non in totum erretur in materia, ex. gr. ſi aurum, quod quis ſe emere putabat, æris aliquid admiſtum habeat, conſiſtit emptio *L. 14. de Cont. empt.* ubi Goth. Vult. *ad pr. I. de Empt. n. 19* item ſi inauratum ſit, quando videlicet æs auro immiſtum, ac cum eo confuſum, quia res quæ emitur, licet non in ſolidum, tamen ex parte aurea eſt, vid. Duar. *ad L. 22. de V. O.* Nec obſtat *L. 41. §. 1. de Contr. empt.* Ibi enim argentum non immiſtum, infuſum atque unitum fuit ligno ſeu materiæ ex qua menſa confecta; ſed menſæ tantum operimento, ſeu lamina argentea tecta ac veſtita fuit, Cuiac. 2. *Obſ.* 4. Quod operimentum menſæ pars non eſt, Don. noſter *ad L. 22. de V. O. n. 5.* ſicut veſtis non eſt pars hominis, Bronch. 2. *aſſ.* 53. Gœd. *de Contr. ſtip. C. 3. n. 46* Quare *in d. L. 14.* erratum in materiæ bonitate, in *L. 41. §. 1.* in eiuſdem ſubſtantia, Baro. *Lib. 3. manual. ad tit. de Contr. empt.* Alii volunt in *d. L. 41. §. 1.* nominatim actum fuiſſe ut ſolida ſit menſa; non item, in d. *L. 14.* Duar. *ad d. L. 22.* Curt. 2. *Coniect. ad fratr.* 31. Male quia in contractibus bonæ fidei etiam quod tacite agitur pro cauto habendum, Cuiac. *ad d. L. 22. & 2. Obſ. 4.*

ſa, ex qua dare eum non oportebat, & per hunc errorem promittat; ex ſtipulatione quidem obligabitur ſummo iure, quia vere voluit, conſenſitque tum in perſonam cum qua res geritur, tum in rem promiſſam; ſed ſi conveniatur, doli exceptione uti poteſt. *L. ſi quis cum aliter. 36. D. de verb. obl.* Exempli gratia: Teſtator legavit centum Titio, idem poſtea codicillis ademit quinquaginta. Heres ignarus codicillorum legatario & ipſi ademptionem ignoranti tota centum ſtipulanti legati ſervandi nomine promiſit. Non debuit ita promittere heres, cum ademptis quinquaginta, alia ſolum quinquaginta deberet. Promiſit tamen neque in perſona legatarii, neque in ſumma promiſſa errans; ſed errans in cauſſa debendi: cum ſe in centum putaret teneri ex teſtamento, quæ tamen non deberet. Subtilitate iuris ita erit obſtrictus, ut ſi conveniatur poſtea repertis codicillis, doli exceptione defendatur, quæ ſpecies eſt. *d. L. ſi quis cum aliter.* in fin.

XI. Voluntas promiſſoris extorta, voluntas non eſt. Non enim voluiſſet, qui cogitur, ſi voluntas illi expreſſa non eſſet. Extorquetur voluntas promiſſori malis artibus duabus; dolo malo adverſarii, aut vi aperta. Nam & dolus machina eſt, qua quis oppugnatur, & velut victus cogitur id velle, quod niſi dolo victus eſſet, noluiſſet. Unde dolus dicitur a noſtris machinatio ad circumveniendum aliquem adhibita, ut fit in bello adverſus hoſtes, quos capimus. Unde capti & decepti verba de iis qui falluntur. *L. 1. D. de dolo*, *d. L. ſi quis cum aliter*, *36. de verb. obl.* Quidquid id eſt, qui deceptus dolo quid paciſcitur, dicitur nec paciſci, id eſt non conſentire. *L. qui cum tutoribus*, *§. qui per fallaciam*, *D. de tranſact.* Hinc ſi quis deceptus ab adverſario quid promiſit, contraxitve, placet eum non teneri. Diſſimiliter tamen in bonæ fidei contractibus atque in contractibus ſtricti iuris. In illis hoc ius eſt, ut ſi quis in hoc deceptus ſit, ut contraheret, puta venderet, quod alioqui venditurus non erat; aut ſocietatem contraheret cum eo, qui ſe mentiebatur eſſe illis aut illis facultatibus, cum inops eſſet: placet venditionem & ſocietatem [4] ipſo iure nullius eſſe momenti. *L. & eleganter*, in pr. *D. de minor. L. 3. §. ult. D. pro ſoc.* In ſtricti autem iudicii contractibus, veluti in ſtipulatione, ſi quis mendacio adverſarii deceptus promittat; aut in legato, ſi heres ignorans adempta quinquaginta, perſuaſus a legatario nullam ademptionem interveniſſe, promittat centum legata teſtamento: hoc ſervatur, ut is obligetur ſummo iure, ſed agenti obſtet doli mali exceptio. Traditum in *L. dolo, C. de inut. ſtip.* & *d. L. ſi quis cum aliter*, *36. de verb. obl.* ubi totum hunc locum diligentius expoſui.

XII. Multo minus velle & conſentire intelligitur, qui vi cogitur. Eſt enim vis neceſſitas impoſita contraria voluntati, ut definitur in *L. 1. D. quod met. cauſ.* Inde regula iuris, nihil conſenſui tam contrarium eſſe, quam vim atque metum. *L. nihil conſenſui*, *D. de regul. iur.* Hinc & in his, quæ vi metuve cauſſa geſta ſunt, ius idem de conſenſu, quod ſupra in dolo: ut ſi quis vi, coactus quid promiſerit, contraxerit, non teneatur; quaſi nec contraxerit, qui non conſenſit. Sed eadem diſtinctione, quam in dolo adhibuimus. Nam in bonæ fidei contractibus ſi quis vi coactus ſit, ut quid gereret, puta venderet, aut emeret, [5] ipſo iure nulla eſt obligatio. Argumentum in *d. L. nihil conſenſui*, *de reg. iur.* Et certe ſi in eo, qui dolo deceptus eſt in hoc, ut idem faceret, nulla eſt venditio, ut diſerte traditur in *L. & eleganter*, in princ. *D. de dol.* Multo magis in eo, qui vi aperta coactus minus conſentit, hoc idem probandum eſt. Ut omittam, eum qui metum infert, etiam dolo facere. *L. item ſi. §. pen. D. quod met. cau.* In ſtricti autem iudicii contractu, veluti ſtipulatione, ſi quis vi coactus ſtipulanti quid promittit, ſic obligatur ſummo iure, ut tamen doli mali & metus exceptione petitio ſummoveatur. *L. dolo*, *C. de inut. ſtip.*

4) *L. 26. §. 1. de minor.* Sed ſi dolus cauſſam dederit contractui id eſt, ſi quis animum contrahendi, alienandi, promittendi non habens, fraudulenta perſuaſione inducitur ut contrahat, alienet, promittat *d. L. 7. pr.* in verbis ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus. Non ſi incidens, quando alias etiam contracturus in ipſa conventione doloſe decipitur, forte ut carius emat, vilius vendat, Oldend. *Progym. cl. 6. act. 11.* Sneidvin. *in §. actionum 28. I. de act. n. 22.* Gœd. *de Contr. ſtip. C. 3. n. 113. & ſeq.* Qui eum ſeqq. hanc quaſi accurate tractet & diſſentientium argumenta maxime Roberti *3. Animadv. 1. & ſeqq.* examinet, eo remitto, videri poſſunt præter laudatos a Gœd. Zang. *de Except. P. 3. C. 11. n. 12.* A. Fab. *in rational. ad L. 7. pr. de dolo.* Eſt tamen in arbitrio dolum paſſi, an velit contractum ſervari, per rationes & auctoritates adductas a Gœd. d. C. 3. *n. 168.* quibus adde Iaſ. in *§. actionum 1. de. act. n. 41.* Sneidv. *ibid. n. 28.* &, qui alios refert, Tiraq. *poſt LL. Connub. Gl. 8. n. 93. & Tr.* Le mort ſaiſit le vif, *P. 7. declar. 1. n. 8. & ſeq.*

5) Hic tamen plures & probabilius diſſentiunt, qui diſtinctionem tantum admittunt in dolo initis contractibus, non autem metu, quos ſequitur Vult. *ad §. ul. I. de Obl. n. 20.* Sed noſtro conſentit Cuiac. *ad L. 21. §. 3. Quod met. Ca.* & ad *L. 36. de V. O. & 3. not.* Merc. & confirmat contra Robertum Gœddeus *3. d. C. 3. n. 156. & ſeqq.* Sane rationem noſtræ, quod metui dolus inſit, veram non puto, de quo alibi.

ſtip. Sed cur etiam in ſtipulatione non dicimus eum qui coactus metu quid promittit, ipſo iure non obligari: cum non naſcatur obligatio ex contractu ſine conſenſu; non conſentiat autem, qui vi metuſve cauſſa cogitur, ut ante diximus? Idemque licet de eo qui dolo deceptus eſt, quærere propter diſſenſum. Dicendum eſt, eum qui vi cogitur, recte dici utrumque & nolle, & velle. Non vult ſub conditione, ſiquidem ei liberum ſit non conſentire. At ſi ſpectamus id, quod ſimpliciter & re vera geſtum eſt, vere voluit, qui licet coactus, voluit tamen. Pauli ratio in *L. ſi mulier*, *§. ſi metu*, *D. quod met. cau.* Et certe erat in eius poteſtate nolle, etiam ſi vis ei afferretur. Potuit enim vim pati potius, quam verbis conſentire. Sed quoniam hæc ipſa voluntas turpiter extorquetur, & malo more, quem probare contra bonos mores eſt, *d. L. nihil conſenſui*; eo fit, ut in bonæ fidei quidem iudiciis vis tanquam bonæ fidei contraria in totum obligationi obſtet. In ſtrictis autem ſic in hac cauſſa ex verbis admittatur obligatio, ut tamen ex eadem æquitate ſit exceptio, qua promiſſor defendatur.

XIII. Propoſitum contrahentium obligationi & conventioni contrarium ſatis declarat in his conſenſum non eſſe ad conſtituendam obligationem. Exſiſtit autem hoc propoſitum ſæpe in contrahentibus etiam adverſus ea, quæ verbis aut reipſa in ſpeciem geruntur; ac declaratur his rebus: ſi quid geſtum ſit donandi, iocandi, docendi, ſimulandi cauſſa. Si pecunia alicui numerata ſit, obligari ſolet, ut reddat vel ut mutuam, vel ut indebitam ſolutam, vel ut datam ob cauſſam cauſſa non ſecuta. Si donandi cauſſa data ſit, nulla conſtituitur obligatio. *L.* 3. *§.* 1. *D. de obl. & act.* Quia ſcilicet donandi propoſitum contrariam voluntatem declarat. Donat enim, qui ita dat, ne ulla hinc ſit repetitio, aut obligatio. Dat enim liberalitatis & munificentiæ exercendæ cauſſa, *L.* 1. *D. de donat.* Ex quo illæ ſententiæ, quæ in quibuſdam reſcriptis occurrunt; perfectam donationem revocari non poſſe: item, re donata, remanere integram donationem; cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur. *L. cum ancillam*, *L. ſi repetendi*, *C. de cond. ob cauſ. dat.* loci cauſſa ſi ſtipulatio concepta eſt inter aliquos, eodem modo [6] nulla contrahitur obligatio. Rem enim ſerio non agi iocus oſtendit. *d. L.* 3. *§. ult. de obl. & act.* Veluti ſi qui, dum alios imitari volunt, iocantes exprimant eorum ſtipulationem: aut perſonæ id faciant in comœdia. Idem eſt, ſi docendi cauſſa interponatur ſtipulatio: *ead. L.* 3. in fin. *de oblig. & act.* Veluti, ſi iubeam aliquem interrogare me his verbis, Stichum dabis? ego reſpondeam, dabo; & dicam, habes exemplum & conceptionem ſtipulationis. Perſpicuum eſt, eum qui exemplum tantum in hac conceptione exſtare voluit, ad docendum, noluiſſe rem & veritatem obligationis in ea ſubeſſe.

XIV. Sed maxime tunc non conſentire contrahentes apparet in eo, de quo agitur, cum ſimulatur ab his contractus. Ideo enim ſimulant quia nolunt in re eſſe, quod verbis & externa ſpecie ſimulant. Qua de cauſſa & omnia [7] ſimulata pro infectis habentur; maxime in contractibus, quia iſto modo deeſt conſenſus. *L. cum ea*, *C. de tranſ. L. ſi ex pretio*, *C. ſi cert. pet.* Hi ſunt contractus, qui a noſtris dicuntur imaginarii; cum ſcilicet fides facti ſimulatur non interveniente veritate. *L. contractus*, *D. de oblig. & act.* Sic dicti, quia ut ſunt verba contrahentium, imaginem & ſpeciem contractus præ ſe ferunt: ſed hanc dumtaxat, re autem vera non ſunt contractus, qui conſenſum non habent. Quamobrem & ad ius ſuperius pertinent. Hinc illa de vi iſtorum: contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non obtinent. *d. L. contractus*. Ideſt obligationem non pariunt. Nam iuris vinculum obligatio eſt. Item, nuda & imaginaria venditio pro non facta eſt. *L. nuda*, *D. de contr. empt.* Nuda, quæ nomen habet ſine re. Ideo autem nuda, quia imaginaria. In hoc genere hæc ſententia tenenda eſt; quoties inter aliquos quid ſimulatur, & aliud agitur; ita id quod ſimulatur, non valere, ut non propterea totum quod geritur, irritum ſit, ſed valeat ſaltem, quod actum eſt. Quæ illius *Tituli C.* ſententia eſt pluribus exemplis confirmata, *Plus valere*, *quod agitur*, *quam quod ſimulate concipitur*. Utrumque optima ratione. Simulatum enim falſum: Quod

6) Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 3. *concl.* 6. Licet Ræv. 2. *Var.* 5. velit & hic naſci obligationem ipſo iure tenentem, ſed quæ prætorio auxilio per exceptionem elidatur. Quod refellit *d. §. ult.*

7) De quo fuſe Mozz. *de Contr. in genere Art.* 4. *n.* 42. *& ſeqq.* A. Fab. 2. *iuriſpr.* 9. *pr.* 3. *ill.* 21. Ern. Cothman. *Iur. Reſp.* 18. *n.* 34. *& ſeqq.* Ut nec iuramento contractus ſimulatus confirmetur, vid. Ierem. Setſer. *Lib.* 2. *de Iuram.* C. 18. Io. Vinc. Hondede. *vol.* 2. *conſ.* 41. *n.* 31. *& ſeq.* Cothman. *d. conſ.* 18. *n.* 57. idipſum declarando reſtringens *n.* 89. *& ſeqq.*

Quod agitur, verum; quod ab eo, quod pro non facto eſt, infirmari non debet. *L. cum falſa, C. de iur. & fact. ign.*

XV. Atque hæ res externæ ſunt, quæ conſenſui obſtant, quamobrem & impediunt contractum. Interdum ipſa etiam conceptio conventionis incluſum diſſenſum habet, hoc efficientem, ne obligatio conſtituatur. Id accidit primum generaliter in omnibus obligationibus ſub conditione contractis, ſeu in omnibus contractibus, quibus quid præſtari placet ſub conditione. Nam conditionis hæc vis eſt, ut nihil debeatur, nullave contrahatur obligatio prius, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verb. ſignif. §. ſub conditione, Inſt. de verb. obl.* Eo fit, ut ſi proponas emptionem ſub conditione contractam, pendente quidem conditione, nulla adhuc obligatio contracta ſit. Si autem conditio defecerit, nulla fit omnino emptio, quia utrumque id adiecta conditione actum eſt. *L. neceſſario, D. de perm. & com. rei vend.* Sed non ideo in univerſum dici poteſt adiecta conditione ab initio nihil actum eſſe. Poteſt enim exſiſtere conditio. Quæ ſi exſtiterit, ita contrahitur obligatio, quaſi ante contracta emptione in præteritum. *d. L. neceſſario*, illic, *idem Pomponius, L. potior D. qui pot. in pign.* Ideo in hoc genere contractuum ſaltem recte dicitur ab initio obligatio ſub conditione contracta.

XVI. Sed hoc in cæteris omnibus conditionibus aliis. Duæ ſunt quæ contractibus adiectæ iam ſtatim ab initio inutilem contractum efficiunt; non alia de cauſſa, quam quia id actum eſſe oſtendunt, ne obligatio conſtituatur. Impoſſibilis conditio, & quæ confertur in voluntatem & arbitrium promittentis. Non ſolum ſtipulatio, ſed & cæteri quoque contractus impoſſibili conditione adiecta nullius momenti ſunt; veluti, ſi cœlum digito tetigero, dabis? Aut res hæc tibi tot aureis empta eſt. *L. non ſolum, D. de obl. & act. §. ſi impoſſibilis, Inſt. de inut. ſtip. L. impoſſibilis. 7. D. de verb. obl.* Nempe quia hac conditione adiecta a contrahentibus id agitur, ne quid contractum ſit, neve quid debeatur. Idque conditio ſatis ſignificat. Eius enim adiectæ hanc vim eſſe diximus, ne quid debeatur prius, quam illa extiterit. Impoſſibilis autem conditio exſiſtere non poteſt. Sic fit, ut hac adiecta aperte id agatur, ne quid debeatur. Aliud ſervatur in teſtamentis, in quibus obtinuit impoſſibilem conditionem inſtitutioni, legato aut fideicommiſſo adiectam pro non ſcripta eſſe, atque hac detracta nihilominus inſtitutionem, legatum, fideicommiſſum valere. *L. 3. D. de cond. & dem. §. impoſſibilis, Inſt. de her. inſt.* Quam recte utrumque, & quam convenienter iſta inter ſe, expoſui ad *d. L. impoſſibilis. 7. de verb. obl.* Similiter & conditione in voluntatem promiſſoris collata, nec ſtipulatio, nec ullus alius contractus valet. Nec intereſt, dixerit promiſſor, ſi voluero; an vero ſi volam; an ſi fuero arbitratus, ut in ſingulis his conditionibus declaratur ordine his locis. *L. centeſimis, 46. in fi. D. de verb. oblig. L. ſub hac, D. de obl. & act. L. ſtipulatio non valet. 17. de verb. obl.* Quippe & hic conditio adiecta arguit ſenſum hunc eſſe contrahentium, ne promiſſor obligetur, conditione videlicet obligationi repugnante. Solus enim obligatur is, qui neceſſitate adſtringitur alicuius rei præſtandæ, ut eſt definitio obligationis. Hac autem conditione adiecta, qua res confertur in promiſſoris voluntatem, aperte id agitur, ne ulla neceſſitate adſtringatur promiſſor, ſed ut liberum ei ſit dare, ſi velit; ſi nolit, non dare. Perſpicuum igitur id agi, ne obligetur. Quæ & huius iuris ratio redditur in *L. in vendentis, C. de contr. empt. d. L. ſub hac, D. de oblig. & act.*

XVII. Illud tenendum eſt hic exigere nos conditionem expreſſam, qua obligatio in voluntatem aut arbitrium promiſſoris conferatur, quales ſunt ſuperiores illæ quas retuli, ut quidem indicatur ſupra ſcriptis locis, ſed maxime *d. L. in vendentis, C. de contr. empt.* Cæterum hac conditione non expreſſa valet ſtipulatio & quivis alius contractus, etiam ſi maxime eadem conditio vi ipſa intelligatur. Et ideo quanvis ad conditionem ſignificandam nihil interſit inter hæc, cum veneris, dabis, & ſi veneris; cum morieris, & ſi morieris. *L. quodcumque, 45. §. pen. de verb. obl.* tamen placet illa adiectione *ſi volueris*, dabis, [8] ſtipulationem eſſe inutilem: hac autem valere, dabis *cum volueris, d. L. centeſimis, 46. §. ult. de verb. obl.* Illic ſcilicet exprimitur conditio, & per conditionem ſignificatur tempus: hic contra exprimitur tempus, ac per tempus intelligitur conditio. *L. ſi Titio, D. quand. di. leg. ced.* Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent. *L. expreſſa, D. de reg. iur.*

8) De differentia inter *ſi* & *cum* vid. Val. Guil. Forſt. *Obſ. ſucciſ.* c. 11. Cæterum in arbitrium promiſſoris collata, nec traditione ſecuta robur accipit. Gœd. *de Contr. ſtip.* C. 4. n. 107.

Plura de vi conditionis omnis in alterius voluntatem collatæ perſequi non eſt huius loci. Ad conditiones potius pertinet, de quibus poſtea. Si quis tamen plura cognoſcere vult, ut certe plura ſunt, quæ hic dubitationem adferre ſolent, reperiet a nobis tractata ad *d. L. ſtipulatio non valet*, 17. *de verbor. obl.* Atque hæc ſunt impedimenta multa & varia ut apparet, quæ contractui & obligationi obſtant: ſed omnia nata ex uno hoc fonte, quod in omnibus non eſt conſenſus inter contrahentes. Nullus autem contractus ſine conſenſu, & conventione. Tantum, ut ſupra monui, hic agendum fuit, ut teneremus ea facta, in quibus exiſteret ille diſſenſus, aut quæ illum diſſenſum indicarent, quod generibus eorum propoſitis oſtendimus.

C A P. VIII.

Sine conventione ut quid alteri præſtetur, non eſſe contractum. Rurſum ut uni ex contrahentibus quid præſtetur, non invicem utrique ab altero, ad contractum ſatis eſſe. Tum quibus in rebus poſitum ſit, ut conſenſus ad obligationem conſtituendam interpoſitus jure comprobatus intelligatur.

Alterum in contractu neceſſarium, ut unus alteri contrahentium quid præſtet, aut faciat. I.
Præſtatio, ſeu factum mutuum minime contractui neceſſarium. Quæ talis definitionis exempla. II.
Contractus definitio a Labeone tradita in L. 19. de V. S. *accuratius expoſita*. III.
Quid tertio loco in contractu neceſſarium. IV.
Cauſarum quælibet perficiendo contractui neceſſaria debet eſſe a jure probata ſeu recepta. V.
Propoſitum auctoris & methodus. VI.

I. SEcundum exigit contractus, ut ſit conventio & conſenſus ad dandum aliquid aut faciendum. Dixi ideo id ita eſſe, quia alioqui futurum ſit; ut ſit conventio, ne quid detur, præſtetur, liberandi ſcilicet debitoris, & diſtrahendæ obligationis cauſſa. Nunc autem quærimus conventionem, quæ ſit contractus, id eſt qua contrahatur obligatio; unde contrahendi verbum. Nulla porro obligatio, niſi ad aliquid præſtandum, ex definitione obligationis, *L. 3. D. de oblig. & act.* Exigit, ut unus det aut faciat alteri. Nam ut unus ſua cauſſa quid faciat, conventione effici non poteſt. Id potius conſilium eſt. Nullum conſilium obligatorium. *L. 2. §. ult. D. mand.* Unum igitur eſſe oportet, qui det aut faciat, qui & debitor eſt: alterum, cui detur aut fiat ex conventione, quem proprie creditorem vocamus: quia fide a debitore data, ei credit, ideſt fidem eius ſequitur. *L. 1. D. ſi cert. pet.* Quod ni ita duo ſint, quorum unus debeat, alteri debeatur, nulla ex omni cauſſa obligatio eſſe poteſt. Unde evenit, ut obligatione etiam ab initio recte conſtituta, ſi debitor creditori ſuccedat, aut creditor debitori ſuo, obligatio tollatur confuſione. *L. Stichum*, 95. *§. aditio*, *D. de ſol. L. debitori*, *C. de pact.* Non alia de cauſſa, quam quod incipit idem eſſe debitor & creditor; quod natura non patitur.

II. Sed dum conveniat, ut unus det aut faciat alteri, ſatis eſt. Non exigemus ad contractum, ut uterque alteri facere debeat. Sane ubicumque id agitur, ut mutuæ ſint obligationes, & præſtationes; ſi valet quod agitur, illic maxime proprie contractum eſſe, & dici conſtat, ut in emptione, venditione, & ſimilibus. *L. Labeo libro*, *D. de verb. ſignif.* Sed ut nihil ſit amplius in conventione, quam ut unus tantum obligetur alteri, nihilominus contractus eſt. Exemplo ſunt [1] ſtipulatio & mutuum. In ſtipulatione unus tantum obli-

1) Diſſ. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 16. contendens nullum eſſe contractum μονόπλευρον, ſed ſtipulatorem quoque ad accipiendum teneri, cum nemo liberetur ingratis. Unde apud Plaut. *in Epidico Act.* 1. *ſc.* 1. Theſpio ſe aſtringit ad accipiendam cænam. Et creditor cui ſatisfactum, ad pignoris reſtitutionem, ſyngraphæ redditionem aut apochæ dationem tenetur. Sed vereor ut ex his ſatis iſtud adſtruatur. Quæ enim in acceptione rei ſolutæ præſtatio, Quis dubitet neminem cogi debitum ſibi, ſi nolit habere, oblatum recipere, maxime ſi obligatione exſolvere debitorem paratus, nullam certe eius rei gratia proditam actionem. Qui autem ſi vel eſſet accipiendi neceſſitas creditori, credere convenit Labeonem, in d. *L.* 19. eo reſpexiſſe, de quo vel nunquam vel rariſſime quæri poſſet. Paratiores plerique ad exigendum quod non debetur, quam ad reſpuendum quod debetur. Quin hac ratione creditor

eo

obligatur promiſſor. Stipulatio tamen eſt contractus. *L. non ſolum, D. de obl. & act. L. 1. §. 1. ver. adeo, D. de pact.* In mutuo ſolus obligatur ad mutuum reddendum, qui accipit. Mutuum tamen contractus. *L. certi, §. numeravi, D. ſi cert. pet.* Et ne neceſſe ſit ex unaquaque ſpecie accerſere probationes, ipſa diviſio contractus aperte id oſtendit; cum obligatio ex contractu dicitur contrahi non conſenſu tantum, ſed aut re, aut verbis. *§. ult. Inſt. de obl.* Docemur enim poſtea re contrahi, ut mutuo: verbis ut ſtipulatione, ut declaratur ſequentibus titulis apud Iuſtinianum.

III. Labeo tamen aliter, ut refertur in *L. Labeo libro, D. de verb. ſignif.* ait contractum eſſe ultro citroque obligationem, quem Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, ſocietatem. Obligationem non intelligit iuris vinculum, ut definitur ſupra obligatio; nam inter contractum & obligationem modo dictam tantum intereſt, quantum inter cauſſam & effectum, res inter ſe plane contrarias ex numero earum, quæ ſunt ἐναντία, quorum unum nunquam poteſt eſſe alterum. Contractus enim obligationem iuris vinculum parit; obligatio hæc effectus eſt, qui ex ea cauſſa naſcitur. Obligationem igitur vocant factum ipſum obligandi: ut ſit obligatio ultro citroque non factum ultro citroque ſimpliciter, quo facto deinde obligemur (quo ſenſu cum iis quæ diximus, optime definitio conveniret) ſed factum quo obligamur) utrumque enim ineſt in verbo obligandi) cui deinde illa adiunguntur, ut obligemur ultro citroque. Quo quidem non aliud ſignificatur, quam contractum eſſe factum duorum pluriumve, quo alter alteri ultro citroque obligatur, ideſt invicem & mutuo, ut eſt horum verborum uſus. *L. 2. D. de neg. geſt.* iuncta *L. 5.* in pr. *D. de obl. & act.* factum ergo mutuum quidem, ſed & idem, ex quo mutuæ ſunt utrinque obligationes, præſtationeſque civiles. In quam ſententiam & cætera eius loci occurrunt. Nam & συνάλλαγμα hoc ſignificat, ut indicat *L. iuriſgentium.* in pr. *D. de pact.* & exemplis utitur, in quibus mutuæ ſunt obligationes. Poſtremo niſi ita accipimus, non differet contractus ab actu, & geſtu; quæ tamen tria illic ita poſita ſunt, ut diſtinguantur a Labeone. Non dubium igitur, quin Labeonis ſententia fuerit eo loco, contractum eſſe conventionem, ex qua uterque ex contrahentibus alteri obligatur invicem & mutuo: quod negamus. Dicendum eſt Labeonem id ibi definiviſſe, ubi tria hæc eodem loco coniungebantur, actum, contractum, geſtum, ut locus indicat. Hoc ille voluit, cum hæc tria ita coniunguntur, ſi recte diſtinguuntur alia ab aliis, neceſſe eſſe ita contractum intelligi, ut diximus: non quia hic ſit uſus & proprietas verbi; ſed quia ſententia auctoris ita accipi debeat, quam apparet non fruſtra hæc diſtinguere voluiſſe. Quod ne in eo loco, aut in his verbis vitioſe fieri quis exiſtimet, animadvertendum eſt ſic eſſe uſum omnium auctorum recte loquentium, & maxime iuris, ut quæ verba per ſe poſita & ſua vi generalia ſunt, ea ſi cum aliis finitimæ ſignificationis coniungantur, ex inſtituto loquentis fiant ſpecialia, quo magiſtres ſingulæ ſingulis verbis ad ſpeciem certam traductis intelligantur. Exempli cauſſa, iniuſtum teſtamentum eſt omne quod iure non valet. Idem eſt irritum. Sed & quod rumpitur poſtea, irritum fit: & quod fit irritum, rumpitur. Et tamen cum hæc coniunguntur apud iuris auctores, ut dicatur quoddam teſtamentum iniuſtum, quoddam ruptum, quoddam irritum, incipit mutari ſignificatio, & contrahi ſingula ad ſpecies diſtinctas, quæ vi ſua erant generalia, ut declaratur in *§. alio, Inſtitut. quib. mod. teſt. inf.* Sic & actio generaliter eſt omnis petitio, & perſecutio, quæ fit iudicio. *L. actionis, D. de obl. & act.* Et tamen cum coniunguntur actio & petitio, actionis verbo intelligitur actio in perſonam; petitionis appellatione actio in rem. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. ſignif.* Idemque in ſexcentis aliis licet obſervare. Sciamus idem evenire in verbo contractus. Contrahere, ut compoſitio & origo verbi indicat, generaliter eſt, una cum alio mutuo facto atque opera ad unum aliquem obligationem trahere. Id autem fit, ſive unus tantum alteri obligetur, ſive mutuo uterque alteri. Sed mutari ſignificatio intelligitur ex adiunctis, cum ſuperiora illa tria coniunguntur, quia iam his cauſſas diverſas notare voluiſſe auctorem appa-

eo ipſo quia creditor, debitor quoque foret, ac oppoſiti reſpectus in eundem ratione rei eiuſdem concurrerent. Iocatur vero Theſpio apud Plautum, & ludit. Ad hæc res ibi inter conſervos geritur. Et Epidicus dum audit ad ſuam promiſſionem alterum ſpondere; mirabundus quærit. Quid? oſtendens hæc plane non convenire. Denique pignoris reſtitutio eſt ex propria obligatione, non mutui, & ut ſyngraphæ &c. Neque ad ea, agitur actione quæ ex mutuo. Diſſentit aliter vulgo Doctorum qui hinc inde obligatorios proprie contractus eſſe, reliquos large & improprie. Mozz. *de contract. in genere Art. 4. n. 4. & ſeqq.*

Digitized by Google

apparet. Sed de univerſa ſignificatione atque uſu verbi contractus, vide plura in *Commentariis noſtris ad L. 1. D. de reb. cred.*

IV. Supereſt tertium ad vim & ſubſtantiam contractus pertinens, ut quæcumque conventio eſt & conſenſus ad aliquid præſtandum ab uno alteri, iure is conſenſus ad eam rem comprobetur. Aliter non fit contractus: id eſt, aliter non contrahitur obligatio, quam hic conſtitutam volumus. Nec longius huius rei probatio petenda eſt, quam ex eo, quod dicuntur omnes obligationes aut civiles eſſe aut prætoriæ, id eſt, alterutro iure aut conſtitutæ aut comprobatæ. §. 1. *Inſt. de obl.* Sic iure comprobari intelligetur conſenſus ad eam obligationem & præſtationem, quæ hic quæritur, ſi omnia ſine quibus conventio eſſe non poteſt, iure ad eam rem recepta atque idonea conſtituta reperientur. Sic enim fiet, ut omnibus velut partibus iure conſtitutis, neceſſe ſit totum, quod ex his rebus perficitur, eodem iure haberi.

V. Quatuor ſunt natura, ſine quibus conventio ut quid fiat, eſſe non poteſt: Conventio ipſa per ſeſe, ſeu conſenſus tanquam efficiens cauſſa, interdum & forma obligationis, ut in ſtipulatione: finis dandi, acquirendique, quam ad rem omnis huiuſmodi conventio comparata eſt. Res promiſſa, deductave in obligationem tanquam materia, in qua obligatio verſetur; tum convenientium ſeu contrahentium perſonæ, partim tanquam pars quædam efficientis cauſſæ, quatenus per eas obligatio contrahitur; partim materiæ, quatenus in his obligatio recte conſiſtit. Niſi vero hæc omnia ita concurrunt, ut recipiantur iure ad obligationem, nec valet iure conventio, nec contractum efficiet ea, quæ iure obligationem non parit. Hanc enim parere eſt efficere, ut contrahatur. Non ſtatim autem hæc omnia iure idonea ad obligationem conſtituendam. Quin potius habent ſingula, quod ſit proprie animadvertendum. Nam neque omnis conventio obligationem parit, etiamſi recte concurrant cætera tum in fine acquirendi, tum in rebus promiſſis, tum in perſonis: neque a quocumque aut cuicunque quid præſtitum velimus, idoneus eſt finis, quem ius agnoſcat: nec res omnes in obligationem deduci & promitti poſſunt: nec omnes perſonæ eiuſmodi, quæ obligationem in ſe admittant, aut adverſus alios acquirant.

VI. Reliquum eſt igitur ad expletionem contractus omnis, ut qualia hæc ſint, cognoſcamus. Id autem ad commoditatem cognoſcendi ita videtur faciendum, ut de ſingulis ſicut diſtincta ſunt inter ſe & communes præceptiones habent, ita diſtincte, & ſemel atque in commune dicatur. Non ut in Pandectis & Codice factum videmus: ubi variis generibus contractuum propoſitis, in ſingulis iidem iſti loci inculcantur; non ſolum magno cognoſcendi & eadem repetendi labore, ſed etiam certo errore obiecto legentibus; qui quia de ſingulis his locis in unoquoque contractu dici vident, propria cuiuſque contractus eſſe exiſtimant, quæ ſunt communia: diverſa contra, quæ ſunt poſita in una eademque cognitione. Quod ſi ſemel & generatim ſingula cognoſcemus, minuerimus maximam laboris partem, & ut brevitati, ita etiam prudentiæ cognoſcentium conſulemus, ac ſine ullo errore conſequemur ſtatim, quod volumus de contractibus in univerſum omnibus.

CAP.

C A P. IX.

Quæ in univerſum conventiones valeant. In obligatione conſtituenda quæ obligationem pariant. Has ab Ulpiano notis quibuſdam deſignari in *L. 7. D. de pact.* Quibus, & quam recte. A Caio & Iuſtiniano diviſione ex ſuis cauſſis petita certo demonſtrari. Hanc diviſionem eſſe, quam cum veteribus ſequi oporteat. Quod in ea ambigui, aut vitioſi videri poſſit, explicatum. In eius tractatione, cur ſit ab his quæ ſunt ex conſenſu, incipiendum.

Non ex omni conventione naſcitur obligatio. I.
Ideoque nec pactio nuda parit actionem. II.
Conventio privata ex Ulpiano duplex: utraque qualis ſit, explicatur. III.
Iuris gentium, ſed tamen non nuda conventio actionem parit. IV.
Non nudæ conventionis nota duplex: proprium nomen, & datio ſeu factum. V. VI.
Nuda pactio quid, & unde dicta. VII.
Superior Ulpiani diviſio, etſi explicandæ rei ut minus idonea exploſa, quare fuerit hic traducta, & breviter expoſita. VIII. IX.
Probatur Caii, & Iuſtiniani diviſio ex præcipuis obligationum cauſis & generibus ducta; ſed & hæc eadem partim explicatur ambigua, partim ut inconcinna ordini reſtituitur. X. XI.

I. NOn omnis, ut dixi, conſenſus & conventio in hoc, ut quid detur aut fiat, obligationem parit; & ut nunc loquimur, non ex omni conventione naſcitur, contrahiturque obligatio. Eſt quidem edictum prætoris de pactis ita ſcriptum, ut quidem nobis relictum eſt in *Pandectis*, quaſi omnia pacta pariter valeant. Sic enim verba ſunt, ut polliceatur prætor ſe pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta erunt, ſervaturum: nec quidquam excipitur præterea. *L. iuriſgentium*, *§. ait prætor*, *D. de pact.* Sed edictum ſic acceptum eſt ab omnibus iuris auctoribus, ut ſi quidem pactio ad liberandum reum ſit interpoſita, ea omnis valeat, pariatque reo liberationem: ſi poteſt, ipſo iure, ut in quibuſdam cauſſis, de quibus in *L. ſi tibi*, *§. 1. §. de pignore*. *L. ab emptione*, *D. de pact.* Sin minus (quod fere contingit in cauſis omnibus) ſaltem per exceptionem, quam dicuntur omnia pacta etiam poſtea & ex intervallo interpoſita parere. *L. iuriſgentium*, *§. ſed cum nulla*, *§. quinimmo*, *D. de pact.* *L. in bonæ*, *C. eod.* Quod ſi conventio ſit alterius obligandi cauſſa, ſeu ut quid detur, aut fiat, placet eam non ſtatim valere, & parere obligationem; ſed ſuis conditionibus, quatenus ſcilicet per leges licebit. Ac quam recte ita veteres ſint interpretati; quidque eo contineatur, expoſui copioſius ad *L. legem*, & *L. in bonæ*, *C. de pact.* Cuius iuris nunc ſummam colligam & proponam breviter hoc loco, ut poſſit intelligi, quam conveniat cum ea diviſione, quæ eſt apud Iuſtinianum de eadem re, quam præcipue ſequi cogitamus, quamque in diſſimili via eumdem tamen finem & exitum habeat, idemque efficiat.

II. Sic autem fere definitio ſumma eſt: Ex pacto, id eſt, ex pacto nudo, actionem non naſci. *d. L. iuriſgentium*, *§. quinimmo*, *D. eod.* *L. legem*, *C. eod.* præterquam ſi pactio lege confirmetur. *L. legitima*, *D. eod.* Quod ſi conventio non ſit nuda, tum vero ex ea obligationem eſſe & actionem. Quæ ſi paulo pluribus expoſita cognoſcere volumus, ſic res explicatur ab Ulpiano ex hac diviſione.

III. Conventio [1] privata duplex eſt: iuriſgentium, & legitima. *L. conventionum.*

[1]) In qua Ræv. 4. *var.* 1. alteram vocem *privata* delet; itemque verba, *aut iuriſgentium*, aut Triboniani aut interpretis eſſe contendit, quia omnes omnino conventiones iuriſgentium, publicæ quoque. Quo enim alias iure hoſtis cum hoſte paciſcitur. Civilibus certe legibus peregrinus non eſt alligatus. Et ius gentium ſuas conventiones nec numero nec certis ſpeciebus definitas habet. Nec in *L. 5. de I. & I.* habetur conventiones quaſdam eſſe iure civili introductas, quod abſurdum, ſed obligationes. Quin & conventiones legitimæ iuriſgentium. Si enim lege confirmantur, neceſſe eſt etiam antequam confirmarentur fuiſſe conventiones. Hæc & alia Rævardus; quibus non ita operoſum eſt occurrere. Sane ſi quod eſſet receptæ lectionis vitium, in gravius tamen ſua correctione incideret Rævardus. Qua fit ut privata pacta legitimis, tanquam ſpecies adverſa opponantur.

num. eod. Iuriſgentium, non quæ inducitur iure gentium, ſed quæ inducta ab hominibus, iure gentium probatur, valetque ad agendum. Non enim ius inducit, ut quid homines conveniant, aut paciſcantur inter ſe, quæ cuivis libera ſunt; ſed quæ ab illis ſunt pacta aut conventa, ea ius probat aut improbat, ex illis actionem dando, ubi res actionem deſiderat, hic denegando. Unde & ſic conventio legitima definita, non quæ inducta ſit lege, ſed quæ lege aliqua confirmetur. *d. L. legitima. eod.*

IV. Iuriſgentium conventio omnis parit actionem Ulpiano, quæ non eſt nuda. *d. L. iuriſgentium.* in pr. verſ. *ſed cum nulla.*

V. Non nudæ duas notas ſtatuit, ex quibus ipſis velit intelligi obligationem & actionem ex conventione. Una eſt hæc, ſi conventio in ſuo nomine non ſtet, ſed tranſeat in proprium nomen contractus: ideſt ſit eiuſmodi, non quæ nihil dicatur niſi conventio; ſed quæ habeat cam ſpeciem, quæ proprio & diſtincto ab aliis nomine appelletur. Qualis eſt emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum. *d. L. iuriſgentium.* in pr. Quæcumque conventiones præter generale illud conventionis, ſuum nomen habent: in his receptum eſt, ut nudo etiam conſenſu conſtituant obligationem. *L.* 1. illic, *alioqui. D. de rer. permut.* Non ſane propter nomen. Nihil enim nomen ad rem facit; quæ dum intelligatur, quo nomine deſignetur, nihil intereſt. §. *ſi quidem, Inſt. de leg.* Et vero leges imponuntur rebus, non verbis. *L.* 2. in fin. *C. com. de leg.* Sed propter utilitatem conventionis & commercii, qualis eſt in illis quatuor contractibus, quos ſupra commemoravi. Utilitas fecit, ut conventio eſſet in uſu communi. Uſus nomen rei peperit. Ita utilitas cauſſa eſt obligationis conſtituendæ: nomen indicium & nota conſtitutæ. Ideo & notam vocamus.

VI. Altera nota eſt, qua intelligamus iuriſgentium conventionem, ut non nuda eſt, ita actionem parere, ſi præter conventionem dedi tibi quid; aut feci ea lege ut viciſſim quid mihi dares aut faceres. Ut, ſi dedi tibi Pamphilum, ut mihi Stichum dares: dedi Pamphilum, ut Stichum manumitteres. In qua conventione hæc duo inſunt; conventio ſcilicet ut des aut facias; & præterea quod dedi prius, aut feci hac ipſa conventione, ut dares, faceres. Placet, inquam, ex ea conventione omni obligationem & actionem naſci tum iure gentium, tum civili. *d. L. iuriſgentium.* in pr. illic, *ſed etſi in alium.* Hanc dationem & factum Ulpianus ibidem vocat cauſſam, quæ ſubſit, item quæ ſubſit præter conventionem, ut in verb. *ſed cum nulla.* Et recte, dum hoc ſentit cauſſam hanc eſſe obligationis conſtituendæ. Ut intelligamus duas hic eſſe [2] cauſſas obligationis. Conventionem quidem ſine dubio, ſine qua nihil deberetur. Sed præter conventionem ſubeſſe etiam illam alteram eius quod prius datum aut factum eſt.

VII. Quod ſi neutrum horum erit, id eſt neque conventio tranſibit in proprium nomen, neque præter conventionem quidquam datum aut factum erit, ut viciſſim dares aut faceres: tum ſit illa pactio, quæ Ulpiano & veteribus dicitur nuda pactio, & nudum pactum, ex quo obligatio & actio non naſcitur, ut declaratur in *d. L. iuriſgentium,* §. *ſed cum nulla, D.* & *d. L. legem C. eod.* Nuda pactio dicta, quæ eſt ſola; nuda ſcilicet a [3] ſuperioribus rebus omnibus; quæ obligationem vel faciunt, vel indicant. Denique quæ nihil niſi conventio eſt, & dicitur; nuda non ſolum re, ſed etiam nomine. Re, quia præter conventionem nulla res, nullum factum intervenit, propter quæ aliquid viciſſim dari aut fieri oporteat. Nomine; quia quemadmodum eſt conventio, ita tantum dicitur conventio & pactio nomine generali, neque proprium nomen habet, in quod tranſeat. Sic eſt uſus auctorum iuris in hoc verbo, ſimiliter ut nuda voluntas, nudus conſenſus

2) Hot. *ad L. 7. de pact.* Contractos alios habere nomen tantum, ot emptio, locatio &c. qui ſolo conſenſu conſiſtunt; alios cauſſam tantum ut innominati; alios utrumque ut cæteri. Coiac. 2 *Obſ.* 15 Pactum a contractu ſic ſeparator. Pactum neque nomen neque cauſſam habet. Contractus aut nomen habet, aut, ſi nomine vacat, certe cauſſam habet. A. Fab. *ad L.* 7. § 1. *de pact.* Cauſſa quando ſubeſſe dicitur, non denotatur præcedens aliqua, quæ occaſionem dedit. Nam & ſic pacta habent cauſſam; alias Prætor ea reprobat *L.* 2. §. *circa* 3. *de dol. exc.* iunct. *L.* 4. *de reb. cred.* ſed negocium quod ſubeſt in ipſa conventione, eique non tam occaſionem quam materiam præſtat. Mattheac. *Lib.* 1. *de via & rat. iur. C.* 6. *n.* 28. cauſſam exponit ſynallagma ac ſimplex vel mutuum factom ſeu commercium obligatorium, & Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 1. *concl.* 3. *n.* 29. tractatom hinc inde ſpontaneum ut exinde ſit obligatio. Ex huius autem ut & Vult. *ad pr. I. de Obl. n.* 26. ſententia, etiam contractus conſenſu initi habent cauſſam; quia inquit Vult. ſi quis vendat, præter conventionem adeſt cauſſa, ſactum vendentis; non autem ſi vendituro promiſero. Illic factum præſens, hic conſertur in futurum.

3) Nuda a cauſſa, a nomine, a ſtipulatione, Vult. *in pr. I. de obl. n.* 26. Cuiac. *ad L.* 1. *de pact.* nuda vocari quod ſolo placito conſtent, nihilque præter nudam conventionem habeant. Unde & DD. definiunt pactum nudom, quod ſtat in puris terminis conventionis. Bart. *in L.* 7. §. 5. *de pact. n.* 14. probante Greg. Lopez. *Animadv. C.* 9. *n.* 2. & 3. cum quo tamen nolim duplex nudum pactum agnoſcere. Adde *infra C.* 11. *not.* 3.

Digitized by Google

ſenſus dicitur ſola voluntas, ſolus conſenſus. Nullis aliis rebus præter conſenſum & voluntatem ad id efficiendum, de quo quæritur, intervenientibus. *L.* 1. *D. de rer. permut. L.* 3. *L.* 5. *§. ult. D. de reſc. vend. L.* 1. in pr. *D. de pign. act.* Ex hoc genere, ut dixi, non naſcitur actio. Sed hoc ita, niſi ſit facta conventio legitima. Ex hac vero ſine exceptione & dubitatione ulla actio naſcitur. Eſt enim ea quæ ad eam rem lege confirmatur. *d. L. legitima. de pact.* qualis eſt ſtipulatio, & conſtitutum, in quibus in *§. de conſtituta. Inſt. de act.* & item aliæ nonnullæ conventiones, de quibus poſtea opportunius.

VIII. Atque hæc Ulpianus ad edictum de pactis, de vi conventionum, & quæ conventiones actionem pariant. Diviſio quidem & tractatio pertinens ad id, de quo nunc quærimus, ut apparet, & ſententiam de eo veram ac certam continens: ſed non ea, qua aut veteres de obligationibus, quæ ex contractu ſunt, tractantes, uſi ſint, aut nos nunc utamur. Quamobrem, dicam paulo poſt. Nunc dicam, cur, cum non utamur, viſum ſit eam attingere. Ita res nimirum poſtulabat multis de cauſſis. Primum pertinebat ad explicationem edicti de pactis, quod cum ei diſtinctioni conventionum, quæ proponitur, obſtaret, faciendum fuit, iam ſtatim ab initio, ut hæc obiectio ex diviſione removeretur. Pertinebat præterea per ſe ad vim conventionum, de qua quærimus. Quare cum exſtaret ſub titulis de pactis, conveniebat hanc non omitti, ne quid nos fugeret eius iuris, quod faceret ad hanc cognitionem. Et quoniam diviſio erat iuris certi, conveniebat hoc loco de ea nos moneri, ut ſciremus quem uſum, quemve locum in hac tractatione obtineret. Poſtremo, quod præcipue ſpectavi, id agendum fuit, ne cum ad aliam diviſionem in hac quæſtione veniremus poſtea, audiremus autem illam eſſe alteram; hic quidquam illa altera nos conturbaret; quæ & ſcripta eſt aliis verbis & alium ductum ſequitur: quaſi illa omiſſa aut non complecteremur omnia, quæ ſunt huius loci, aut contrarii aliquid, eoque & falſi diceremus. Quod ne fiat, ita conſequi licuit, ſi ſententia & vis prioris illius breviter cognoſceretur. Sic enim futurum eſt, ut ea cognita, & collata cum ea quæ ſequetur, poſſit intelligi, ut propoſui, quamvis ipſa non diſſideat una ab altera; ſed potius quam ambæ alia quidem via, idem tamen, aſſequantur.

IX. Sed etſi hæc ita attingenda hoc loco fuerunt; non eſt tamen, ut dixi, ea diviſio ſuperior, qua cum de obligationibus ex contractu agitur, recte uti liceat, quæque ſufficiat ei rei explicandæ. Veras cauſſas obligationum ex contractu nunc quærimus. Illa diviſio ducta eſt non tam ex cauſſis, quam ex notis, ex quibus obligationem deprehendamus. Nunc id agitur, ut notæ ſint conventiones omnes, quæ obligationem pariant. Superior diviſio genera ſumma tantum delibat leviter, & ea ſumpta a Iure; ad quod illa nos remittens adhuc relinquit obſcurum, quænam ſint eæ conventiones, quas ius confirmet, aut contra. Factum quidem utrumque ſine vitio ab Ulpiano, qui ſervivit inſtituto & loco, quem interpretabatur. Scripſit enim ad edictum prætoris de pactis. Quo edicto de vi conventionis agitur, non de obligationibus conſtituendis. Tantumque ad id edictum ſatis erat intelligi, ita pactum omne quod ad obligandum eſſet, ſervari eo edicto, dummodo non eſſet nudum. Ex nudo enim actionem naſci vetat regula iuris antiqui. Niſi tamen pactum ſit legitimum. Unde tantum viſum fuit e re eſſe explicare, quod eſſet pactum nudum, quod non nudum; item quod eſſet legitimum. Quod ſuperiore diviſione aſſecutus eſt. Hoc autem loco cum propoſitum ſit ex profeſſo quærere in univerſum, quæ conventiones obligationem pariant, idque ut certum fiat, ex ſuis cauſſis tantum recte ſtatuatur, eadem diviſione ad eam rem explicandam recte uti poſſe non videmur. Et certe cum de generibus obligationum ex contractu agitur, hac veteres non eſſe uſos conſtat: ſed illa quæ a prioribus accepta, poſtea uſurpata plenius a Caio, tranſlata eſt deinde in *Inſtitutiones*. Nam quæ Caii eſt relata in *L.* 1. & *L.* 2. *D. de obl. & act.* legiturque pluribus verbis in Inſtitutionibus in hoc argumento; eadem eſt, quæ & Pedii, ut indicatur in *L.* 1. *§.* 1. illic, *adeo, D. de pact.* Ea cum & recepta ſit in hac quæſtione, & cauſſas habeat, propter quas quæque conventio obligationem pariat, ſeu propter quas contrahatur conventione obligatio; & ſingulas ſpecies earum conventionum atque contractuum plenius & ex profeſſo perſequatur; omnes cauſſæ ſunt, cur hanc quoque in hac re potius, quoad licet, ſequamur, & præſertim quæ eſt apud Iuſtinianum, quæ uno genere eſt plenior in *§. ult. Inſtitut. de obl.*

X. Is obligationum ex contractu facit cauſſas quatuor. Aut enim, inquit, re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu. Vera diviſio, ſi rem ſpectamus: ſed in his generibus primis nonnulla ambigui-

biguitas eſt, quæ niſi explicatur, inducet nos in errorem. Ambiguitas igitur hæc initio explicanda. Primum ait obligationes quaſdam contrahi conſenſu, & hoc membrum diſtinguit a prioribus, ſimiliter, ut Caius in *L. 1. de oblig. & act.* quaſi ſcilicet in prioribus obligatio non contrahatur conſenſu. Quod falſum eſt. Nam ut ante diximus, nullus eſt contractus, qui non habeat in ſe conſenſum & conventionem, ſive re, ſive verbis fiat. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ergo quod dicitur in ſuperiore diviſione, obligationem contrahi conſenſu, ſic intelligi debet, non conſenſu ſimpliciter, ſed conſenſu ſolo, ut explicatur poſtea apud Caium in *L. 2. de obl. & act.* apud Iuſtinianum ſub *Tit. de obl. ex conſ.* Hoc modo conſtat ſibi, & vera eſt diviſio. Sic enim res habet, ut quas uterque dicit contrahi conſenſu, contrahantur conſenſu ſolo: in cæteris autem membris non contrahatur obligatio ſolo conſenſu. Non quia & in his non contrahatur conſenſu: ſed quia non ſolo; verum cum ad conſenſum acceſſerint res, aut verba, aut literæ, ut ſic dicatur obligatio perfici re, verbis, literis. Deinde tria hæc membra, treſve ſpecies, in quibus obligationem ait contrahi aut re, aut verbis, aut literis, ſic diſtinguuntur ab eo genere quarto, in quo naſcitur obligatio ex conſenſu ſolo, ut omnia tanquam genera ſumma in eadem diviſione poſita exæquentur inter ſe, & paria conſtituantur. Quod rurſum non ita eſt. Nam in hac diviſione duo tantum ſunt genera inter ſe paria, & mutuo oppoſita, ut obligationum, quæ ex contractu naſcuntur, quædam contrahantur ſolo conſenſu, quædam non ſolo, ſed cum aliquid acceſſerit. Huius autem poſterioris generis ſubdiviſio hæc eſt, ut quæ conſenſu ſolo non contrahuntur, contrahantur tribus his modis, re, verbis, literis. Quod cum ita ſit, erroris vitandi cauſſa ſententiam ſuperioris diviſionis retinebimus, tollemus id quod ambiguum & obſcurum eſt, & diviſionem accommodate ad ea [a] genera duo quæ diximus, inſtituemus.

XI. Sit igitur hæc diviſio. Omnis conventio, ut quidem obligationem pariat, aut parit ſolo conſenſu, aut tum cum ad conſenſum aliquid acceſſerit earum rerum, quas iure oportet. Aut hoc modo: obligatio omnis, quæ ex conventione naſcitur, & quia contrahitur, ideo dicitur naſci ex contractu, aut contrahitur conſenſu ſolo, aut cum aliquid eorum quæ oportet, ad conſenſum acceſſerit: cuius generis illa ſunt tria, res, verba, literæ, quæ Iuſtinianus diviſione ſua complexus eſt. Ex quibus duo priora Caius. De poſteriore genere ambo prius egerunt, uti & in diviſione prius poſuerant. Ut enim diviſio ab illis ita concepta eſt, ut dicerent obligationes contrahi aut re, aut verbis, aut (ut Iuſtinianus addit) literis, aut conſenſu: ita eodem ordine diviſionem proſecuti, egerunt prius de obligationibus, quæ re, verbis, literis contrahuntur, poſtremo de obligationibus ex conſenſu ſolo. Quamobrem, non poſſum dicere; niſi forte illis viſum eſt prius genus paucioribus verbis contineri; illud autem, quod eſt ex conſenſu ſolo, indigere pluribus: ideo tanquam difficilius in poſtremum locum reieciſſe. Sed vera ratio tum naturæ, tum doctrinæ quominus ita fiat, refragatur. Quoties enim de conventione quæritur, an obligationem pariat, necne, prima hæc quæſtio eſt natura, an pariat ſolo conſenſu. Nam ſi parit, hic conſiſtendum eſt, & ſtulte quæritur, quibus aliis rebus accedentibus obligationem pariat, cum etſi nullæ acceſſerint, pariat nihilominus. Quod ſi conſtabit conventionem non parere obligationem ſolo conſenſu, tum fit locus ſequenti quæſtioni, nec prius, ut quæratur, quibus ergo rebus ad conſenſum accedentibus contrahatur obligatio. Hunc ordinem legendo aut ſcribendo pervertere poſſumus, ſi libet: dum tamen meminerimus ordine intelligentiæ, & natura rerum in omni hac quæſtione, ſi quidem conſulti recte reſpondere volumus, ſemper incipiendum a priore illa, & ſi ei locus non eſt, ordine ab ea tranſgrediendum ad ſecundam. Convenit præterea inter omnes, priorem eſſe ſimplicium, quam compoſitorum cognitionem: ſi quidem compoſita exſiſtunt ex ſimplicibus, quæ ideo prius nota eſſe, & prius haberi oportet. At conventio, quæ ſolo conſenſu obligationem parit, eſt conventio ſimplex. Quæ autem parit obligationem aliis rebus accedentibus, ea eſt compoſita conſtans partim conſenſu, partim re, aut verbis, aut literis. Quapropter & prioris illius generis prior cognitio eſt omnino, poſterioris poſterior. Hic ordo cum ſit naturæ & rerum, hunc quoque in docendo ſequi, non pervertere debemus; ne ex præpoſtera tractatione error etiam in natura rerum conſequatur. Cum ſciamus huc com-

a) Aliter Vult. *in pr. I. de obl. n.* 39. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. N.* 6. Bodin. *in diſtrib. iur. univ.*

comparatam eſſe doctrinam omnem, ut rem qualis eſt, audienti legentive repræſentet. Sed & hoc ita faciendum eſſe ipſi auctores iuris multis locis præcipiunt: præſertim cum ita res quædam inter ſe affectæ ſunt, ut fruſtra veniatur ad unam aliquam, niſi de alia, quæ prior ſit, prius conſtitutum fuerit. Exempla in *L. 4. D. qui teſt. fac. poſ. L. quidam, verb. ego autem, D. de iur. cod.*

C A P. X.

Quæ conventiones ſolo conſenſu obligationem pariant. Earum quaſdam eſſe iuriſgentium, quaſdam legitimas. Iuriſgentium has quatuor, Emptionem venditionem; Locationem conductionem; Mandatum; Societatem, neque plures; non certe donationem, non permutationem, non tranſactionem: & cur. Legitimas eſſe has tres, Conſtitutum; Contractum emphyteuticum; Pactum donationis, quo quis ſe dicit donare in præſentia. In hoc numero non eſſe ſponſalia, nuptias, dotis pollicitationem & quare. In univerſum autem quid valeat obligationem ſolo conſenſu contrahi.

Conventionum quæ ſolo conſenſu perficiuntur quædam ſunt iuriſgentium, quædam legitimæ ſeu iuris civilis. I.
Iuriſgentium quatuor; & quæ illæ. II.
Legitimæ obligationes quare a Caio primum, deinde a Iuſtiniano prætermiſſæ in Inſtitutionibus. III.
Conventiones Iuriſgentium quæ nudo conſenſu conſtent, ſolæ quatuor ex Caio & Iuſtiniano; nec ex Vlpiani ſententia plures. IV.
Nec ad illas quatuor pertinent donatio, permutatio, tranſactio; & quare. V.
Illæ autem non ex nomine, ſed ex utilitate commercii nudo conſenſu obligant, & pariunt actionem. VI.
Cur quatuor ſuperiores, & quæ his incontinenti apponuntur, ex nudo conſenſu obligent, & habeant actionem; non item aliæ conventiones nudæ; quo loco diſſeruit auctor. VII.
Poſteriores, ubi a lege confirmentur, & ipſæ habent actionem. Cuiuſmodi tres. VIII.
1. *Conſtitutum. Hoc quid ſit, & quare legitimæ conventionis iura nactum a Prætore. Vlpiani ratio ab auctore commode explicata.* IX.
2. *Contractus emphyteuticus; & hic ex Zenone inter legitimos qui ſolo conſenſu actionem pariant, numerandus.* X.
3. *Pactum donationis ex Iuſtiniano. Tribus his quare legitimi contractus appellatio convenit.* XI.
Nuptiæ & ſponſalia nudo conſenſu conſtant, & ad ſocietatem, unam e ſuperioribus quatuor Iuriſgentium conventionibus pertinent; & quomodo. XII.
Promiſſio dotis ad quod contractuum genus pertineat. XIII.
Item ſtipulatio, & obligatio literarum: quare hic ambarum prætermiſſa tractatio. XIV.
Conſenſu ſola obligatio contrahitur, cum nihil præter illum deſideratur. XV.
Ille aut iudiciis, aut re & facto colligitur. XVI.
Iudiciis huiuſmodi: verbis, literis, & nutu. Obiter de ſingulis. XVII.
Re & facto quomodo conſenſus arguatur. XVIII.
Conſenſus explicatur aut inter præſentes, vel inter abſentes. Hos inter nuntio, & per literas; inter illos modis omnibus ſuperioribus. XIX.
In contractibus, qui ſolo conſenſu conſtant, nec verba, aut res, aut factum, aut inſtrumenta neceſſaria. XX.
Scripturam, ſeu inſtrumenta, præterquam in emphyteuſi in nullo contractu requiri neceſſario. XXI.

I. Conventiones quæ ſolo conſenſu obligationem & actionem pariant, ſi in unum conferantur, numero ſunt ſeptem. Sed earum genera ſumma duo. Nam quædam iure gentium conſenſu ſolo obligationem pariunt; quædam ſolum iure civili & lege: ut cum veteribus illas iuriſgentium conventiones dicere liceat, has legitimas. *L. conventionum, & ſeqq. D. de pact.*

II. Iuregentium obligationem pariunt ſolo conſenſu hæ quatuor; emptio venditio, contractus unus; locatio conductio, contractus item unus; mandatum; ſocietas. Hoc de his diſerte ſcriptum in *L. 2. D. de obl. & act.* & *Tit. Inſt. de obl. ex conſ.* Dicitur quidem his locis obligatio contrahi conſenſu, nec nominatim additur, ſolo: ſed utrobique adiiciuntur ea, quæ hoc idem non paulo apertius exprimant, quia pluribus & ſignificantius declarant. Nam de conſenſu ſolo pluribus expreſſum eſt, cum ita dicitur in his conventionibus ſufficere eos, qui negotia gerunt, conſentire. Quod plane nihil aliud eſt, quam in his ſatis eſſe eorum conſenſum ſolum. Ut autem intelligeremus etiam, quid valeat hoc ſolum; ſic explicatur, ut dicatur in his præter conſenſum nullis rebus opus eſſe, ut ſubſtantiam capiat obligatio, non re, non verbis & præſentia, non ſcriptura aut literis. De quo mox plura.

III. Sed an ſolæ hæ conventiones, in quibus contrahatur obligatio ſolo conſenſu? Solæ iuregentium. Ideo non plures numerantur in hoc genere neque apud Caium in *d. L. 2. de obl. & act.* neque apud Iuſtinianum *d. Tit. de obl. ex conſ.* At ſunt & aliæ conventiones, quæ iure civili ſolo obligationem & actionem ſolo conſenſu pariant, quas legitimas vocamus, ponimuſque in altero genere ex iis, quæ ſunt propoſitæ. Et ita eſt omnino, ut declaratur, *L. legitima, D. de pact.* fatendumque eſt eas conventiones in hac diviſione Caii & Iuſtiniani eſſe prætermiſſas. Proinde ab illis ſolas hic poſitas conventiones iuriſgentium, quæ ſolo conſenſu parerent obligationem. Quod in utroque non caret aliqua defenſione. Nam re vera temporibus Caii, quæ conventiones ſolo conſenſu nos tenerent, prope non plures fuerunt, quam ſuperiores quatuor, ne legitimæ quidem. Una enim tantum fuit, conventio pecuniæ conſtitutæ, quæ pareret actionem: ſed hanc comparatam edicto prætoris, non vera lege, ut poſſit videri nec iuriſgentium eſſe conventio, nec legitima. Aliæ conventiones, ſi quæ ſunt legitimæ, confirmatæ ſunt poſtea conſtitutionibus, ut poſtea dicetur. Quod ad Iuſtinianum attinet, vel potius ad eos, qui eius mandatu Inſtitutiones collegerunt, hi cum a Caio ſumerent, quod ad hoc argumentum pertinebat, ſat habuerunt id ponere, quod apud illum invenerant, niſi quod cum apertius aliquid viſum eſt, id addiderunt; ut addiderunt de literis in diviſione obligationum ex contractu propter conſtitutionem Iuſtiniani de hoc genere, quæ tum erat in manibus. Nos cum velimus noſſe, certe in eo ſimus, ut norimus omnes conventiones, quæ ſolo conſenſu obligationem pariant, & conſtet eſſe etiam in his quaſdam legitimas, ſive quæ iam olim, ſive quæ poſtea confirmatæ ſint: utrumque genus in hanc diviſionem includere debemus. Sic tamen, ut maneat, iuris gentium conventiones, quæ ſolo conſenſu actionem pariant, non alias, quam illas quatuor poſitas eſſe a veteribus.

IV. Sed videbitur fortaſſe Ulpianus plures poſuiſſe in *L. iuriſgentium*, in pr. *D. de pact.* Ubi generaliter definit omnem conventionem iuriſgentium actionem parere, quæ non ſtat in nomine conventionis, ſed tranſit in proprium aliquod nomen. Immo Ulpiani definitio hoc ipſum confirmat, non plures conventiones obligationem parere ſolo conſenſu, quam illas ſuperiores. Ut enim non ſunt plures, in quibus dicatur Caio & Iuſtiniano obligatio contrahi ſolo conſenſu: ita nec plures, quæ cum ſolum conſenſum habeant, tranſeant in aliud nomen. Quod ſi verum eſt, nec ſententia & definitione Ulpiani in pluribus ſolo conſenſu contrahitur obligatio.

V. De tribus tamen dubitatum eſt, non quæ enumerationem ſuperiorem Caii & Iuſtiniani oppugnent, ſed definitionem Ulpiani: de his, inquam, tribus conventionibus, donationis, permutationis, tranſactionis. Ex quibus conſtat actionem non naſci; & tamen videntur ſuum proprium nomen habere. In donationis cauſſa ſi paciſcar, ſeu promittam pacto me tibi donaturum, non obligor. Nam ex pacto non naſcitur actio, ut ſupra diximus; neque id ius mutavit Iuſtinianus in *L. ſi quis argentum, C. de don.* Uti poſtea in conventionibus legitimis dicetur. In permutatione ſi convenerit inter nos permutationis cauſſa, ut tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum: ex hoc placito re non ſecuta, nulla naſcitur actio ex eadem regula ſuperiore, *L. ex placito, C. de rer. permut.* Similiter in tranſactione, ſi tranſactionis cauſſa remittam tibi pacto actionem ea lege, ut mihi centum des, non poſſum ea centum a te petere. *L. ſive apud. C. de tranſ.* Quod quidem cum enumeratione Caii & Iuſtiniani optime convenit. Confirmat enim ex aliis conventionibus, quam illis ſuperioribus quatuor, ſolo conſenſu actionem non naſci. Sed ut cœpi dicere, videtur adverſari ſententiæ Ulpiani, qui dat actionem ex omni conven-

ventione Iuris gentium, ſi conventio nomen habeat. Videntur autem ſuperiores conventiones tres in proprium nomen tranſire, ſi quidem propria nomina conventionum videntur hæc eſſe, donatio, permutatio, tranſactio. Hoc vero non ita eſt. Quin ut omnia in hac re Ulpiano cum Caio & Iuſtiniano conſentientia animadvertere liceat, quemadmodum ex ſupra ſcriptis tribus conventionibus non naſcitur ſolo conſenſu actio ex enumeratione Caii & Iuſtiniani: ita convenienter Ulpiani ſententiæ hæc ipſa nota eſſe debet, cur non naſcatur, quia in proprium nomen non tranſeant, re [1] nondum ſecuta, quales eas conventiones propoſuimus. Non enim conventio donationis eſt donatio; placitum permutationis, permutatio; placitum tranſactionis, tranſactio. Tunc donatio eſt non cum promitto me donaturum, ſed re ipſa do, ideſt trado, donandi animo. *L. 1. D. de donat. L. ſenatus, §. donatio, D. de mort. cav. donat.* Sic permutatio non eſt conventio de permutando, ſed tunc cum res ipſæ invicem vere permutantur: quod fit traditis & tranſlatis rebus. Et tranſactio tunc eſt, cum vere tranſigitur, ideſt, cum ita diſceditur a lite, ut nulla amplius ſit actio. Quod fit non nudo pacto, ſed ſublata ipſo iure per acceptilationem, aut alio modo actione. Quæ prius quam contigerint, manent ſuperiores conventiones nudæ, quæque in aliud nomen non tranſeant, ut non magis enumeratione Caii & Iuſtiniani excludantur, ne actionem pariant, quam Ulpiani definitione. Ita ſemper omnium ſententia probatur, ſolas eſſe illas iure gentium conventiones quatuor, quas diximus, ex quibus ſolo conſenſu naſcatur obligatio.

VI. At ſaltem adverſatur edictum prætoris de pactis: quo ille non certas aliquas conventiones, ſed generaliter omnia pacta, quæ neque dolo malo, neque contra leges facta ſint, pollicetur ſine exceptione ſe ſervaturum. *L. iuriſgentium, §. ait, D. de pact.* Hoc ego ſatis expediviſſe videor ad *L. legem, C. de pact.* ad hanc ſummam. Generaliter quidem, ut verba ſunt, polliceri prætorem, ſe pacta conventa ſervaturum, ideſt omnes omnis generis conventiones, idque tum actionem dando, tum exceptionem, prout res poſtulabit. Sed in actione danda ſemper hoc excipi, dum ne ſit pactum nudum. Ineſſe enim in edicto tacite hanc conditionem, quod eis per leges facere licebit. Non licet autem per leges dare actionem ex pacto nudo. Regula & conſtitutio veterum prohibet, *d. L. iuris gentium, §. quinimmo, de pact.* Cur ergo ex ſuperioribus conventionibus quatuor placet obligationem & actionem ſolo conſenſu naſci potius, quam ex cæteris? Non utique propter nomen, in quod ſuperiores conventiones tranſeunt, ut proxime diximus: ſed quia habent hæ conventiones [2] commercia & permutationes tum rerum, tum officiorum ad ſocietatem humani generis tuendam neceſſarias. Nam ut vivamus homines inter homines: emptione, locatione, ſocietate, mandato carere non poſſumus.

VII. Sed rurſum cum in omni conventione ad aliquid præſtandum fides detur alteri fore, ut quid præſtetur, & æquum putetur natura fidem ſervari: *L. 1. in pr. D. de pact.* cur non ex hac æquitate omnes conventiones valent sine diſcrimine? Quod si non valent, an non ſatendum eſt inique ita conſtitui, ne ex his actio naſcatur? Et cur ex cæteris conventionibus nudis actio non detur iure civili, quamque hoc non sit iniquum, multis oſtendi ad *d. L. legem, C. de pact.* Quo conſtituto, nihil iam relinquitur, cur non vere ſtatuatur, ut ex ſuperioribus conventionibus quatuor iure gentium naſcitur obligatio ſolo conſenſu: ita alias præterea ex quibus iſto modo naſcatur, nullas eſſe. Illas autem cum dico, etiam eas conventiones intelligi volo, quæ de rebus non principaliter ad contractus ſuperiores pertinentibus initio & in continenti interponuntur. Valent hæ, & pariunt actionem non minus. *L. ſi in emptione, L. fiſtu-*

las,

1) Hinc autem ſequi videtor, quod permutatio, itemque donatio, re tradita ſint contractus nominati, licet non ſolo conſenſu perfecti. Sed verius eſt contractum nominatum non eſſe, vid Coraſ. 2. *Miſc.* 25. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 59. *n.* 4. *& ſeq.* A. Fab. 6. *Conjec.* 9. *pag.* 285. quia, ait, nomen Permutationis non tam contractum ſignificat, quam cauſſam ex qua conſtituitur. Non eſt contractus permutationis, ſed fit permutatione rerum. Heidecc. *in L. naturalis* 5. *de praſc. verb. ax.* 13. cuius ratio arguta forte magis quam congrua. Quia, inquit, eſt contractus omnium primus. Ergo ſi antiquiſſimo tempore fuiſſet nominatus, fuiſſet alius etiam innominatus, ad cuius diſcrimen ſic dictus eſſet. Quia igitur nominatus non fuit ſua ſponte, ſequitur quod hodie innominatus ſit accenſendus, & Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 1. *n.* 51. ex ratione quæ ſit. ſeq.

2) Sed A. Fab ad *L.* 7. §. 1. *de pact.* Non propter frequentiam nomen habent. Quid enim frequentius contractu do ut des, do ut facias &c. Sed quia certam ſui natura formam & legem, habeot quæ uno nomine poſſit exprimi; non æque innominati. Et Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 1. *n.* 49. *& ſeqq.* duas notas contractuum nominatorum refert (1) Ut peculiare nomen inditum habeaot, nec in generis appellatiooe ſubſiſtant. (2) Ut certi eorum ſint ac determinati fines, nec confuſa generis forma contenti, ut Permutatio. Adde Vaſc. 3. *contr. uſu freq.* 59. *n.* 4. *& ſeqq.* Vult. *ad §. ult. I. de Mandato.*

Digitized by Google

las, *L. fundi. D. de contr. empt.* Sed ideo, quia & partes ſunt eius contractus, cui adhibentur. *d. L. fundi, de contr. empt. L. quod ſi nolit*, in fin. *D. de æd. ed.* Unde & bonæ fidei contractibus ineſſe dicuntur. *L. iuris gentium*, *§. quinimmo*, *D. de pact.* & alibi contractu contineri, *L. pacta*, *D. de contr. empt.*

VIII. Sed quæ conventiones iure gentium non pariunt obligationem, poſſunt iure civili confirmari, ut fiant legitimæ, quas diximus. Quod ſi fit, non minus ex his naſcetur obligatio, & actio. *L. legitima*, *D. de pact.* Huius autem generis, quæ quidem ſolo conſenſu valeant, 3 tres ſunt: conſtitutum; contractus emphyteuticus; pactum donationis, quo quis in præſens ſe dicit donare.

IX. Conſtitutum nunc voco brevitatis cauſſa pecuniæ conſtitutæ conventionem. Sic & Ulp. in *L.* 1. in pr. *D. de pec. conſt.* Hæc confirmatur edicto prætoris, qui primus de pecunia conſtituta actionem dedit, cum ſcilicet conſtituta eſt nudo pacto ſine ſtipulatione. *§. de conſtituta*, *Inſt. de act. L.* 1. *D. de pec. conſt.* Confirmandi cauſſam prætori hanc fuiſſe apparet, quod hic duplex eſſet debitum. Unum prius quod iam ante per ſe conſiſteret: alterum quod illi conſtituendo & conſtabiliendo accederet, novo pacto. Facilius confirmatur quid, quam novo pacto ab initio inducitur. Sed & plus congeminatæ conventioni tribuendum, quam ſimplici & ſoli. Nam quod Ulpianus in *L.* 1. in pr. *D. de pecun. conſt.* ſcribit, ideo prætorem conſtituta conſenſu facta cuſtodire, quoniam grave eſt fidem fallere, ſic accipiendum eſt, quoniam grave eſt in hac ſpecie præter cæteras, quæ nudum pactum habent nulla alia lege confirmatum. Alioqui dicendum erit ex omni pacto ſimiliter actionem debuiſſe dari, ut ſimiliter cuſtodirentur omnia: quoniam in omni pacto ut conſenſus eſt, ita ſimiliter fides interponitur, quæ & ipſa putatur pertinere ad naturalem æquitatem. *L.* 1. in pr. *D. de pact.* Scimus autem ex pacto nudo actionem regulariter non naſci. *L. iuris gentium*, *§. ſed cum nulla*, *§. quinimo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* SI edictum prætoris recte dictum eſt a Cicerone & veteribus *lex prætoria* propter ſimilitudinem quamdam legis, quam obtinet, non male dicemus conventionem de conſtituta pecunia eſſe legitimam, ut pertineat ad definitionem *L. legitima*, *D. de pact.* etſi abuſive ita edictum prætoris appellari conſtat, quod in uſu iuris a lege cum abſolute lex nominatur, & ab iis, quæ huius legis per ſe vim habent, fere ſemper diſtinguatur. *§. quos autem*, *Inſt. de bon. poſ.*

X. Contractus emphyteuticus, si quis naturam, quæ initio fuit, ſpectet, recte referri potuit ad emptionem, aut locationem. Certe a veteribus pro alterutro habitum fuiſſe conſtat, etsi dubitarent illi, pro utro potius, *§. adeo*, *Inſt. de loc. & cond.* Poſtea certam & propriam naturam accepit lege Zenonis, & eadem lege non tam confirmatus, quam comprobatus etiam ex ſolo conſenſu. *L.* 1. *C. de iur. emphyt.* Etsi igitur Zeno propriam illam naturam quæ ante fuerat, non ſuſtulit, ſed magis confirmavit: tamen quia augendo quodammodo novam fecit, ideo melius eſt fortaſſe hunc quoque contractum inter legitimos, qui conſenſu ſolo actionem pariant, numerari.

XI. Pactum donationis confirmatum eſt conſtitutione Iuſtiniani *L. ſi quis argentum*, *C. de don. §. aliæ*, *Inſt. eod.* ſed illud, quod dixi, quo quis in præſentia ſe donare dicit, ſic enim verba ſunt *L. ſi quis argentum*, in pr. & *§. ult. C. de don.* proinde non id, quo quis ſe promittit poſtea donaturum. De quo dicam amplius loco opportuniore infra *Lib.* 13. *Cap.* 22. Illud de his conventionibus admonebimus, etſi hæ nudæ ſunt, tamen cum iure confirmatæ pariant actionem, non eſſe, cur vereamur eas appellare contractus, & quæ hinc naſcitur obligatio, eam dicere eſſe ex contractu: cum obligationem contrahere nihil aliud ſit, quam mutuo conſenſu una cum alio in unum aliquem obligationem trahere.

XII. Præter has tres conventiones legitimas nullæ occurrunt in hoc genere, quæ lege confirmatæ ſolo conſenſu pariant obligationem. De tribus tamen iuſte dubitari poteſt, ſponſalibus, nuptiis, dotis pollicitatione, ſeu promiſſione nuda. Sponſalia ſolo conſenſu perfici conſtat. *L.* 4. *L. ult. D. de Sponſal.* Nuptiæ in eadem cauſſa. *L. nuptias. D. de reg. iur.* Sed & Theodoſii conſtitutione ad exactionem dotis ſola promiſſio dotis ſine ſtipulatione ſufficit, ſive mulier promittat dotem, ſive extraneus. *L. ad exactionem*, *C. de dot. prom.* Cur igitur negemus

3) Imo plures. Quæ tamen contractus, mea ſententia, non recte ſtatuuntur, ut nec hic recenſita exceptio de contractu emphyteutico, qui an recte vocetur conventio legitima nuda, æque, ac multo magis dubito. Sed omnia hic expedire non licet. Vid. de pactis legitimis Baro Cuiac. Hot. & imprimis A. Fab. ad *d. L.* 6. Ræv. 2. *Var.* 1. & 4. *Var.* 1. Val. Guil. Forſt. *de pact. C.* 4. *membro* 1.

gemus his conventionibus obligationem ſolo conſenſu contrahi? Et de ſponſalibus, itemque nuptiis non eſt quod negemus. Niſi forte quis dicat hæc non eſſe numeranda inter contractus. Quod non ita eſt. Dicuntur enim & ſponſalia & nuptiæ contrahi, ut cæteræ obligationes ex contractu; & inter quos ea peraguntur, dicuntur itidem contrahentes. *L. ſponſalia, D. de ſponſ. L. ſi poſt dotem, D. ſol. matr. Inſt. de nupt.* in prin. Sed non numeramus iſta inter contractus & conventiones legitimas. Iure gentium enim iſta valent ex conſenſu, non ſolo iure civili. At iſto modo etiam has conventiones ſupra omiſſas dixerimus. Non enim ante ſunt nominatæ ne inter eas quidem, quas diximus iure gentium ſolo conſenſu obligationem parere. Sane non ſunt nominatæ aperte: ſed ſunt illis ſatis comprehenſæ; referuntur enim ad ſocietatem, cuius ſpecies ſunt nuptiæ, ut paulo poſt dicemus ſuo loco. Sponſalia autem etſi hanc ſocietatem nondum habent: tamen quia inſtituuntur nuptiarum cauſſa, & ab his eſſe ſolet initium nuptiarum, ideo ut ad nuptias pertinentia, ad eas quoque tanquam pars quædam referuntur.

XIII. Quod attinet ad promiſſionem dotis, non licet de ea idem, quod de ſponſalibus, dicere. Valet quidem dos ſæpe ad promovendas confirmandaſque nuptias, quæ alioqui non facile coiiſſent, ut & ſponſalia. Sed non poſſunt videri pars eius coniunctionis, quam appellamus nuptias, ſi quæ ſunt, quæ contrahi poſſunt inter alios, quam inter eos ſocios, inter quos contrahuntur nuptiæ. Quod genus eſt obligatio dotis: quam promittere poteſt etiam extraneus, ut nihilominus ſuperiore conſtitutione obligetur. Aliter atque ſponſalia, quæ non inter alios contrahuntur, quam inter quos & nuptiæ. *L. in ſponſalibus, §. 1. D. de ſponſ.* fateamur igitur potius dotis conventionem & pollicitationem ad ſuperiores conventiones non pertinere, neque tamen vitioſe putemus omiſſam inter eas, ex quibus ſolo conſenſu naſcitur obligatio. Non eſt enim ex eo genere; ſed ex eo, in quo obligatio re contrahitur: ſi modo ibi re contrahitur, ubi quis quid facit ea lege, ut viciſſim ei, quid detur, aut fiat, de quo poſtea ſuo ordine. Nam ſi dos promiſſa non debetur niſi nuptiis ſecutis. *L. 3. L. ſtipulationem, D. de iur. dot.* item niſi pro oneribus matrimonii, quæ maritus ſuſtinet. *L. pro oneribus, C. eod.* apparet maritum non poſſe dotem exigere, niſi prius quid fecerit, ut eam ex conventione acciperet; puta nuptias contraxerit, aut in contractis perſeveret, & matrimonii onera ferat.

XIV. Quapropter non ſunt, ut dixi, legitimæ conventiones plures, quam tres ſuperiores, quæ quidem obligationem pariant ſolo conſenſu. Nam ſtipulatio eſt ipſa quidem legitima conventio & legitimus contractus, utpote iure civili ſolo actionem pariens. *§. de conſtituta, Inſtit. de act.* Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe conſtitutionibus confirmatam. *Inſtit. de lit. obl.* Verum apparuit ex ſuperiore diviſione contractuum, non contrahi in his obligationem conſenſu; cum illa dicatur contrahi verbis, hæc literis. Ita fit, ut in his quæ ſolo conſenſu valent, ſolæ illæ, quas dixi, relinquantur. Poſtulare videbatur hic locus, ut quænam hæ conventiones eſſent diceremus. Proinde quomodo ita perficerentur, ut id eſſe inciperet, quod dicuntur: cum non prius poſſit intelligi, quas conventiones hic receptas ius velit, quam notæ fuerint ipſæ conventiones. Sed cum de harum obligatione ſeparatim dicendum ſit poſtea, cuius explicatio maxima ex parte pendeat ex contractus natura, neque hæc niſi ex genere ipſo contractus præcedente poſſit intelligi: faciendum duxi, ut in ea explicatione coniunctim & de ſpecie ipſa contractus, & de obligatione eius propria diceretur, ne effectus a ſua cauſſa divelleretur longius, divulſus minus perciperetur. Quod & in cæteris ſimilibus ſequemur. Quapropter ad reliquas conventiones, quæ iure probentur, pergemus: ſi prius addiderimus in univerſum, quid valeat, obligationem contrahi conſenſu, & conſenſu ſola.

XV. Intelligitur vero ſolo conſenſu obligatio contrahi, cum quibuſcumque rebus, & inter quoſcumque declaratur voluntas & conſenſus contrahendi, ita inter eos obligatio hoc conſenſu contrahitur, nec quidquam deſideratur præterea. Atque hoc in ſuperioribus conventionibus omnibus accidere his verbis dicimus.

XVI. Conſenſus & voluntas ita declaratur: Aut enim exprimitur ſuis indiciis propriis ad rem quamque ſignificandam natura comparatis; aut re aliqua & facto colligitur.

XVII. Propriis indiciis exprimitur voluntas tribus; verbis, ſcripto, in quo literæ ſeu epiſtola, & inſtrumentum omne; item nutu. De verbis & literis ſeu epiſtola conſtat, eoque nec dubitatur, quin utroque modo recte conveniat inter aliquos, & cum convenerit in ſuperioribus cauſſis recte obligatio contrahatur. *L. 2. D. de*

D. de pact. quod poſtea magis patebit ex iis locis, quos in commune indicabimus de ſuperioribus conventionibus. De nutu in contractibus nuſquam legimus ſatis aperte, quaſi nutu ſolo contrahatur emptio & venditio, aut ulla omnino obligatio, quæ conſiſtat conſenſu. Nam quod ſcriptum eſt in *L. obligamur*, in fin. *de obl. & act.* & nudo conſenſu pleraque conſiſtere, etiam dubium relinquit, quæ ſint illa pleraque. Sed ſciamus non minus & nutum certum indicium voluntatis haberi ad res gerendas in his, qui loqui non poſſunt. Inde enim nutu, ſicut epiſtola, fideicommiſſum relinqui poſſe placuit. *L. nutu*, *D. de legat.* 3. *L. & in epiſtola*, *C. de fid.* Non valent autem fideicommiſſa niſi voluntate defuncti. *L. pen. D. de leg.* 1. Quocirca non dubitabimus, quin & contractus, qui ſolo conſenſu conſtant, cum eo, qui alteri ex contrahentibus quid volenti annuat, recte ex conſenſu perficientur.

XVIII. Re quoque, id eſt facto aliquo convenire poſſe & obligationem contrahi traditum eſt in *L.* 2. *D. de pact. L.* 4. *D. pro ſoc.* Id ita fit, cum ex re & facto aliquo antecedente voluntas colligitur. Atque id tum accidit, cum fieri non potuit, quod factum eſt, niſi prius conventio præcedens placeret. Ut puta, vendidit aliquis me ſciente fundum meum, neque tamen conſentiente. Nulla a me contracta venditio eſt. Si tamen pretium accipiam ex cauſſa, placet videri me fundum vendidiſſe. Hoc in *L. quidam*, *D. de evict.* Unde ergo hæc venditio? ex conſenſu videlicet. Non enim aliter contrahitur emptio, quam conſenſu. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de contr. empt.* Ubi autem conſenſus in eo, qui de re & pretio nihil aperte convenit? Intelligitur ex eo, quod [4] pretium accepi ab emptore. Non enim potui admittere pretium, niſi prius vellem eſſe emptionem. Sic fit, ut ex conſequente quod probavi, recte colligatur etiam a me probatum fuiſſe, quod neceſſario antecedit. *L. illud*, *D. de acq. her.* Idem ergo dixerimus & in ſocietate, de qua præcipue traditur, hanc coire poſſe & re & verbis. *L.* 4. *D. pro ſoc.* Finge hoc modo. Ex tribus fratribus duo, uno abſente, aut præſente quidem, ſed non conſentiente, ſocietatem omnium bonorum paternorum inter ſe coierunt ita, ut vellent & ad tertium illum fratrem ſocietatem pertinere. Si in dividendo lucro huius ſocietatis tertius ille frater partem a fratribus acceperit ex cauſſa ſocietatis eius, dicemus videri eum exinde in ſocietatem conſenſiſſe, eoque & fratribus ſocium fieri. Nempe eodem exemplo, quo ſupra in ſimili facto emptionem contractam eſſe diximus.

XIX. Et ut his rebus declaratur voluntas cuiuſque: ſic poteſt & inter præſentes, & inter abſentes. Inter præſentes quidem ſuperioribus omnibus modis; inter abſentes autem aut verbis per nuntium, aut ſcripto per epiſtolam ſeu literas. Atque ut hæc ita ſunt, ita etiam placuit totidem modis, & inter eoſdem ſupra ſcriptas conventiones recte confici, & parere obligationem. Quod in ſingulis pene conventionibus & contractibus ſuperioribus traditum ſuis locis, & inculcatum legimus. De emptione in *L.* 1. in fin. *D. de contr. empt.* De locatione in *L.* 1. *D. loc.* cum ita dicitur locatio & conductio conſenſu contrahi ſicut emptio & venditio. De ſocietate in *L.* 4. *D. pro ſoc.* De mandato in *L.* 1. *D. mand.* De conſtituta pecunia in *L. qui autem*, *§. ult. D. de pec. conſt.* De contractu emphyteutico exiſtimari poteſt ex ſimilitudine, quæ huic contractui eſt cum emptione & venditione, *§. adeo. Inſt. de loc.* De pacto donationis expreſſum in, *§. aliæ*. *Inſt. de donat.*

XX. His rebus cum dicimus ſolo conſenſu perfici obligationem, hoc ipſo cætera quæ aliunde eſſe poſſunt, removemus, ut non neceſſaria. Tria ſunt ad conventiones confirmandas, aut magis cavendas pertinentia: ſtipulatio ſeu verba, rei traditio, ſeu impletio contractus, & inſtrumenta quæ rei geſtæ fidem continent. *L. diviſionis*, *D. de pact. L. in exercendis*, *C. de fid. inſt.* Negant veteres [5] horum quidquam neceſſe eſſe interveni-

re

4) Non igitur ſola præſentia id operatur, neque hic tacitus vel præſumptus conſenſus, ſed apertus. vid. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 10. *n.* 1.

5) Perficiuntur hi contractus ſolo conſenſu; implentur autem & conſummantur traditione rei, numeratione pretii vel mercedis &c. Cuiac. 23. *Obſ.* 15. Errat itaque Harmenop. *Lib* 3. *Promptuarii tit.* 3. qui contractum a conſummatione illius neſciens diſtinguere emptionem contrahi ſcribit, cum hinc res traditur, illinc pretium ſolvitur aut de eo fides habetur. Conſenſus autem requiritur præſens, non in futurum collatus. Pactum enim de contrahendo ex. gr. emendo, diverſum ab ipſo contractu emptionis. Vult. *in pr.* 1. *de Contr. emt. n.* 12. late P. Anton. de Petra *de fideic. ex prohib. al.* Q. 8. *n.* 136. *& multis ſeqq.* Gœdd. *de Contr. ſtipul. Cap.* 1. *n.* 35. A. Gentil. 2. *de Nupt.* 10. Hinc venditionem ita factam: vendo tibi rem iſtam 10. aureis, ſi volueris hoc pretio habere, revocari poſſe dicunt, ſi non ſtatim acceptata ſit. Beuſt. *in L.* 5. *§. ultim. & LL. ſeqq. de iurei. n.* 6. Quamquam verius forte hic nec contractam eſſe venditionem, ob defectum conſenſus utriuſque quia, non eodem tempore in idem ab utroque conſenſum, ſed idem ſenſum diverſis temporibus. Conſenſus autem idem eſt quod ſimul ſenſus, quod vocula *cum* in compoſitione ſignificat, ut notant vulgo in *L.* 1. *de pact. ref.* Vaſq. 2. *ill. Contr.* 62. *n.* 9.

Digitized by Google

re in his contractibus, in quibus dicitur obligatio conſenſu contrahi, nempe ex ſuperiore definitione. *L.* 2. *D. de obl. & act. Inſt. de obl. ex conſ.*

XXI. De inſtrumentis & ſcriptura hoc in univerſum ius eſt in contractibus & rebus geſtis omnibus, ut non ſit neceſſe hæc adhiberi. Deque his ita definitur, fieri de rebus ſcripturas, ut quod geſtum eſt per eas facilius probetur. Cæterum & ſine his valere, quod geſtum eſt. *L.* 4. *D. de pign. L.* 4. *D. de fid. inſt.* Qua tamen in parte excipiendus eſt contractus emphyteuticus. Hunc cæteris rebus omnibus perfici placet conſenſu ſolo. In ſcriptura ſingulare hoc habet conſtitutione Zenonis, ut quæ in eo interveniunt pactiones, ita ratæ ſint, ſi ſcriptura interveniente placuerint. *d. L.* 1. *C. de iur. emphy.* ut oſtendi ſupra *Lib* 9. *Cap.* 13. Et cæteri verbis idem ſignificari agnoſcunt. Agnoſcit & Bartolus, etſi addit aliter conſuetudine Italiæ obſervari. Et nos in ſua quiſque regione quid in eo moribus obſervetur, videbimus. Si nihil contra erit in more publico, ius illud ſuperius tenebimus. Illud non immerito quæri poteſt, cum hic ſcripturam deſiderabimus ex ſuperiore conſtitutione Zenonis, ecquid recte dicturi ſimus, nihilominus hunc contractum perfici ſolo conſenſu. De quo opportunius dicetur in natura huius contractus infra *Lib.* 13. *Cap.* 22.

C A P. X I.

Quæ ſolo conſenſu non pariunt obligationem conventiones, quibus rebus accedentibus confirmentur & pariant. Eas res eſſe, quæ vulgo vocant veſtimenta pactorum. In horum tum appellatione, tum diviſione quam vulgo erretur. Et refutatus in eo error vulgaris.

Alias eſſe conventiones, quæ tum demum pariunt obligationem, cum ad conſenſum aliquid acceſſit. I.
Accedere iure communi res, aut verba aut literas. II.
Iuſiurandum iure ſingulari, & quatenus. III.
Iuriſiurandi obligatio in liberto cur a veteribus prætermiſſa. IV.
Superiores res quatuor Interpretum vulgus veſtimenta pactorum vocat, ſed inepto vocabulo. V.
Item veſtimenta pactorum plura imperite numerant quam ſuperiora illa quatuor. VI. VII.
Vulgaris illorum enumeratio & diviſio per partes refutatur. VIII. IX. X. XI.

I. ET cum ſuperiores conventiones ſolæ ſint eæ, quæ ſolo conſenſu pariant obligationem, ut propoſuimus, neceſſe eſt cæteras omnes conventiones aut omnino obligationem non parere, aut non parere ſolo conſenſu, ſed cum ad conventionem aliquid acceſſerit, quo conventio confirmetur. Et vero iure receptæ ſunt eæ res certæ, quibus accedentibus confirmetur omnis conventio, quæ per ſe ſola non ſufficeret ad obligationem. Quæ ſint hæ res, cognoſcendum eſt.

II. Eas veteres duas agnoverunt, rei ſeu facti velut traditionem, & ſtipulationem ſeu verba. Tot enim poſitæ ſunt a Pedio & Ulpiano in *L.* 1. *S.* 1. illic, *adeo autem*, *D. de pact.* ab Hermogeniano in *L. diviſionis*, *D. eod.* Atque hinc Caii diviſio in *L.* 1. *D. de obl. & act.* qui eas obligationes, quæ ex contractu naſcuntur, ita ex ſuis cauſſis diviſit, ut diceret contrahi aut re, aut verbis, aut conſenſu. Ubi apparet eum in iis obligationibus, quæ non contrahuntur conſenſu, id eſt conſenſu ſolo, duas has res ad confirmationem conventionis tantum poſuiſſe; rem, & verba, id eſt ſtipulationem. Merito illi: nondum enim ſatis inter omnes cognita erat literarum obligatio, quæ poſtea conſtitutionibus certius recepta eſt. Ergo hac recepta Iuſtinianus tertium genus addidit literas, ſeu chirographum, in mutuo. Unde illa diviſio apud illum, ut quæ ſolo conſenſu non contrahuntur obligationes, hæ dicantur contrahi aut re, aut verbis, aut literis. *S. ult. Inſt. de obl.* ut ſit ſenſus, his modis contrahi obligationem, non cum res ſola tradita erit, aut ſola verba vel literæ intervenerint; ſed cum ad conventionem præcedentem hæc acceſſerint, aut res, aut verba, aut literæ. Semper enim meminiſſe debemus, nullum eſſe contractum ſine conventione. *L.* 1. *S.* 1. *D. de pact.*

III. Adiiciemus quartum genus iuſiurandum. Nam & ex iureiurando interdum quis

quis obligatur, cum ſe iuraverit quid præſtaturum ex ea cauſſa, ex qua ſine iureiurando non obligaretur. Ubi & iuriſiurandi obligatio contrahi dicitur. *L. ut iuriſiurandi, D. de oper. lib.* Sed cui ſolum locus ſit in perſona liberti iurantis ſe quid præſtaturum patrono libertatis cauſſa; neque id in re qualibet, ſed iurantis ſe patrono operas, donum, aut munus præſtaturum. *L. qui libertinus, d. L. ut iuriſiurandi, de oper. lib.* Et eſt ſane hoc ius vetus. Unde mirum videri poteſt, cur ſit a veteribus omiſſum in hac diviſione.

IV. Sed videri poteſt conſulto factum his de cauſſis. Primum quia raro incidit huius generis obligatio, quæ perſonæ liliberti, & ſuperiorum rerum cautione incluſa eſt. Deinde quia in eo ius eſt [1] ſingulare, non commune, utpote conſtitutum non propter iuſiurandum ſolum, ſed maxime propter perſonas, inter quas interponitur, & propter libertatem, cuius cauſſa res ſuperiores promittuntur. Quod ius neque ad alias res, neque ad alias cauſſas pertinet. Veteres autem in diviſione earum conventionum, atque contractuum, qui non ſolo conſenſu pariunt obligationem, eos ſolum complexi videntur, qui iure communi id efficerent in perſonis omnibus. Quia tamen & iuſiurandum in ſuperiore cauſſa eodem modo confirmat conventionem; etſi maxime non iure communi id facit in omnes, ſed iure ſingulari in quoſdam, non tamen debent a nobis prætermitti. Quærentibus in univerſum quibus rebus extrinſecus accedentibus confirmetur conventio, quæ ſola obligationem non pareret. Sed hoc genere poſito licebit ita dicere; conventiones, quæ ſolo conſenſu obligationem non pariunt, tribus modis parere iure communi, re, verbis, literis, quæ ſunt illa tria, quæ Iuſtinianus in ſuperiore diviſione poſuit; iure ſingulari, iureiurando in liberto & ſuperioribus rebus promiſſis. Ex quo exſiſtunt tot contractuum genera, ex quibus non ſolo conſenſu obligatio naſcitur.

V. Atque ut ex rebus conventionem confirmantibus, ſimul quænam hæc genera ſint, intelligimus; ita vice verſa ſuperiore diviſione conſtituta hoc aſſequimur, ut quæ ſint, & quot ſint, quæ vulgo dicuntur veſtimenta pactorum, de quibus tam multa ſcripſerunt interpretes, ſtatim & certo cognoſcamus. Complectitur enim ſuperior diviſio eas res, quæ confirment conventionem, cum acceſſerint, a quibus & diviſio ducta eſt. Atque eæ ipſæ res ſunt, quas illi vocant veſtimenta pactorum. De quibus ipſi poſt Accurſium ad *L. iuriſgentium, §. quinimo, D. de pact. & L. legem, Cod. eod.* Vox [2] Iuriſconſultis veteribus inaudita, nec uſquam lecta in libris noſtris. Ad quam tamen, hac inductione delati ſunt. Nam quæ conventiones non pariunt obligationem, hæ in uſu iuris & veterum dicuntur nudæ. *d. L. iuriſgentium, §. ſed cum nulla, de pact. & d. L. legem, C. eod.* Proinde ſi quæ eſſent, quæ parerent actionem, putaverunt ex contrario recte dici veſtitas; & quæ res confirmarent conventionem, inde recte dici veſtimenta: quia contrarium ſit nudo veſtitum. Sed hoc recte dicitur, cum nudum proprie uſurpatur; ut in homine, quem cum dicimus nudum, eum intelligimus, qui veſtem non habet, ut proinde ſi quis habet, neceſſe ſit dici veſtitum ex eadem proprietate. At idem imperite transfertur ad conventiones, & res cæteras, quæ dicuntur nudæ in uſu iuris. Quoniam hic nudæ [3] dicuntur per metaphoram, quæ ſunt ſolæ, ut dixi ſupra in pacti nudi explicatione. Soli autem conventioni nulla recte opponitur, niſi conventio non ſola. Porro non quidquid non eſt ſolum, idem ideo eſt veſtitum ab ea re, propter quam ſit, ut non ſit ſolum. Ut, in eodem conſenſu cum ſunt multi, dicuntur ſinguli non eſſe ſoli; neque tamen ideo alios aliorum dixeris veſtimenta, aut alios ab aliis veſtiri. Quamobrem cenſeo, ne ſic quoque loquamur nos, ne una cum paritate loquendi etiam veritatem

1) De vi iuriſiurandi conventionibus, vid. *infra Lib. 24. C. 9. ſeu de iurei. C. 1.*

2) Coraſ. 1. *Miſc.* 1. inſipide & inſulſe DD. loqui. Cur enim non dicunt veſtitam voluntatem, conſenſum, proprietatem, uſum, poſſeſſionem, interrogationem. Sic Horatius nudam veritatem vocat, id eſt, non fucatam nec palliatam. Sic purus locus dicitur, qui nec ſacer, nec religioſus, neque tamen propterea locus religioſus impurus. Forcat. *dial.* 70. *n.* 4. Morbi quidam dicuntur acuti, num ideo alii dicentur obtuſi? Cuiac. *ad L. 1. §. 1. de pact.* add. Forſt. *de pact.* C. 4. *membr.* 2. Tametſi DD. rei intuitu non valde in uſurpatione vocis veſtiti, licet apud iuris auctores non reperiatur, errare velit Buſius *ad L. 7. §. 5. & ſeqq. de pact n.* 5. poſt Coſtal. *in d. L.* 7. & docendi cauſſa diſtinctionem retinendam, Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 2.

3) Nudum varie quid dicitur, ſcilicet quod nudum eſt ab ea re quæ illo loco requiritur, Donel. *de uſur.* C. 3. & cui ad complementum aliquid deeſt, Traditio nuda quæ ſine voluntate transferendi *L. 31. de acq. do.* Voluntas, ſine traditione *L. 17, §. 3. Commod.* Pactum in *L. 20. C. de pact.* eodem modo. Conſenſus, ſine verbis vel ſcriptura *L. 14. Locati.* Proprietas, ſine uſufructu. Poſſeſſio ſine dominio *L. 66. de evict.* Hot. *ad §. interdum* 44. (ipſi 32.) *I. de acq. do.* Baro. *in §. 1. I. de obl. ex. conſ.* Nuda pactio, pro materia ſubiecta, nunc pro conventione nec nomen nec cauſſam habente, nunc pro ea quæ ſine traditione, nunc pro contracta ex conſenſu, qui ſine verbis & litteris, *L. 1. de Permut.* nunc pro pacto abſque ſtipulatione, etſi inſit contractui ut mutuo *L. 5. de naut. fœn.* Vid. idem *in §. 44. I. de acq. do. & in §. 1. I. de uſuf. & ad L. 7. §. 4. de pact.*

Digitized by Google

tem rei inepto vocabulo amittamus. Sed tamen ita vocant illi veſtimenta, ut dixi. Etſi præter veterum morem, nec apte ad rem ſignificandam; tamen permittamus his ſuo more loqui. Nos rem, quam hoc verbo deſignari voluerunt, conſideremus.

VI. Sunt igitur, ut cœpi dicere, quatuor illa, res verba, literæ, iuſiurandum, res eæ quæ confirmant conventionem & obligationem, & eadem quæ vulgo vocant veſtimenta pactorum. De numero eorum, & de vi ſingulorum illi diſputant. Nos propoſita diviſione ſuperiore, habemus hic, quid ſequamur. Igitur interrogati, quæ ſint hæc veſtimenta pactorum, & conventionum omnium, quibus ſcilicet accedentibus conventio obligationem pariat, nos admoniti ſuperiore diviſione reſpondebimus, iure ſingulari eſſe iuſiurandum in libero de ſupra ſcriptis rebus præſtandis iurante: iure communi in omnibus rem, verba ſeu ſtipulationem, & literas. Interrogati amplius, pluresne ſint res conventionem confirmantes, & ut loquuntur, plura veſtimenta pactorum, negabimus: quia ſuperiore diviſione iuris non plura ſint poſita; diviſio autem non vitioſa, niſi iuris auctoritatem in diviſione certa & recepta convellere volumus. Sed in eo nos idem illi impediunt, qui plura hæc veſtimenta eſſe docent. Quod cum ad ſuperioris diviſionis reprehenſionem pertineat, omnino eſt huius loci, quale id ſit, videre: ut ſi quidem plura ſunt, mutata diviſione hæc eadem ſequamur; ſi non ſunt, reiiciamus, & diviſione bene conſtituta, in ea potius certo acquieſcamus.

VII. Ergo Accurſius, quem & cæteri fere ſunt ſecuti, ad *d. L. iuriſgentium*, *§. quinimo*, *D. de pact.* præter [4] ſuperiora illa tria, quæ iure communi valent, quatuor hæc poſuit, ut ipſe vocat, veſtimenta, conſenſum, cohærentiam contractus, rei interventum, rei promiſſæ initium ſeu inchoationem.

VIII. De quibus paucis ſic habendum; primum & poſtremum plane non ea eſſe, quæ dicunt, veſtimenta, id eſt non eſſe eas res, quæ confirment ullo modo conventionem. Secundum autem & tertium etſi ſunt ea, quæ confirment, eſſe tamen eiuſmodi, quæ ad ſuperiora genera referri debeant, non conſtituant nova. Primum ſtatuunt in iſtis quatuor conſenſum, quo volunt conventionem confirmari & veſtiri ad obligationem: ſcilicet quia ſunt obligationes quædam, quæ contrahuntur conſenſu. Imperite admodum, & falſo. Imperite, quod quæ obligationes dicuntur conſenſu contrahi in ſuperiore diviſione, ſunt eæ, quæ contrahuntur conſenſu ſolo. Proinde nullam aliam conventionis confirmationem ſeu veſtimentum deſiderant, ſolo conſenſu & conventione ſua contentæ. Iſti autem in re, quæ aliud veſtimentum non habet, nec deſiderat, veſtimentum quærunt & dant, quod non eſt. Quod ſi quod in his poſſet aut deberet eſſe veſtimentum conventionis; tamen non poſſet dici eſſe conſenſus, niſi falſo. Non poteſt denique conſenſus ullius conventionis eſſe veſtimentum. Idque ita evidentiſſime demonſtratur. Nulla res poteſt eſſe ſui ipſius confirmatio, aut veſtimentum. Neceſſe eſt enim aliud eſſe, quod confirmat, & aliud quod confirmatur: aliud quod veſtitur, & aliud eius rei veſtimentum. At conventio in contractibus eſt ea res, quæ iure confirmatur, comprobaturve ad obligationem. Atque hæc conventio omnis nihil aliud eſt, quam conſenſus. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quare non poteſt hic conſenſus atque ulla conventio confirmari conſenſu. Ubi eventurum ſit, ut eadem res ſit conſenſus qui confirmetur, & conſenſus qui confirmet. Quod natura non patitur.

IX. Secundo loco ſtatuunt cohærentiam contractus. Sic vocant eam coniunctionem contractus cum conventione, cum initio alicuius contractus convenit, ut aliquid fieret præter ea, quæ principaliter in contractum deducuntur. Quo ex genere, ſi conventio in bonæ fidei contractu in continenti, id eſt in negotio gerendo, intervenerit, non aliter naſcitur obligatio, quam ex contractu ipſo. *L. iuris gentium*, *§. quinimo*, *D. de pact.* *L. in bonæ*, *C. eod.* Utputa, vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud. Valet conventio non aliter, quam emptio ipſius fundi. *L. ſi in emptione.* in pr. *L. fiſtulas*, *C. de contr. empt.* Et e converſo quod meo com-

4) Zaſ. *in Parat. de pact. n.* 11. 5. addit & in univerſum octo refert: Rem, Conſenſus exhuberantiam, Verba, Cohærentiam contractus, Litteras, Rei interventum in contractibus innominatis, qui ab initio invalidi. Exſecutionis principium & auxilium legis. Sane legitima pacta quod nuda non ſint verius puto, cum Ræv. 2. *Var.* 1. Greg. Lopez. *Animad. Cap.* 8. *n.* 12. & A. Fab. *ad L. 6. de pact.* (licet, ut recte Faber, niſi adiuvarentur lege, nuda eſſent) tametſi diſſ. Cuiac. ad *d. L. 6. & 11. Obſ.* 17. & noſter Donel. *Cap. praced. & ad L. 10. C. de pact.* & quos refert ac ſequitur Forſt. *de Pact. C. 4. Memb. 2. pag.* 63. Vide de pactis nudis ac veſtitis Vacon. 1. *Declar.* 23. Io. Bapt. *Caccial. de Pactis Q.* 6.

commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede. Valet & hæc conventio non ſecus, quam de pretio alterius partis. *L. fundi, D. de contr. empt.* Et hanc vim huiuſmodi conventionum contractui tribuunt, cui cohærent. Quas ideo cohærentia contractus confirmari & veſtiri dicunt. Et quod dicunt has conventiones valere, apparet certi iuris eſſe, ex iis quæ diximus. Falluntur in eo, quod has conventiones diſtinguunt ab iis contractibusquibus adhibentur, cum nihil aliud ſint, quam eorum contractuum partes. Veterum ſententia eſt, quod venditioni accedit, venditionis partem eſſe. *L. quod ſi nolit*, §. *ult. D. de Ædil. ed.* Itaque quod fundo accedere debet, ideo debetur, quia pars eſt rei venditæ, unde & actione ex empto recte petitur, *d. L. ſi in emptione. de cont. empt.* Et cum ad pretium rei venditæ accedere debet alterius rei merces, ſic debetur tanquam pars pretii, ideo & peti poteſt actione ex vendito, ut eſt in *d. L. fundi. de contr. empt.* Aut igitur hi contractus earum conventionum veſtimenta non ſunt, quod certe non male dici poteſt, cum idem contractus ſui ipſius nou poſſit eſſe veſtimentum; aut ſi quis eſſe dicet: male tamen diſtinguuntur hæ conventiones a ſuis contractibus, quorum partem faciunt: cum dici debeant obligationem parere eodem modo, quo & contractus, ut & pariunt. Nam & ex his eadem actio, quæ ex reliquo contractu; ut in emptione emptori ex empto, ut præſtetur quod ad fundum venditum accedere debuit: venditori ex vendito ad id conſequendum, quod accedere debuit ad pretium. *d. L. fundi. de contr. empt.* Male & illud, quod his conventionibus dicunt obligationem naſci per cohærentiam contractus. Dicere debuerunt cum veteribus obligationem ex his naſci, quia inſunt bonæ fidei contractibus, ut eſt in *d. L. iuris gentium* §. *quinimmo, de pact.* Ineſſe autem dicuntur, non quæ cohærent ut in rebus diverſis accidit, ſed quæ pars ſunt ipſius contractus, ut explicatur in *d. L. fundi. de contr. empt.* qua ratione & ex eodem contractu eſſe, & contractu contineri dicuntur a veteribus, ut in *d. L. iuris gentium*, §. *quinimo, de pact.* & *L. pacta. D. de contr. empt.*

X. Tertio loco faciunt pactorum veſtimentum, rei interventum. Sic vocant id, quod dedi aut feci tibi, ut viciſſim mihi quid dares aut faceres, qui non dato aut facto, mihi ex conventione ſola non obligareris. Sic enim fit, ut dati illius aut facti interventus confirmet conventionem, ut sic deinde naſcatur hinc obligatio. Et recte ſtatuunt hanc conventionis confirmationem ſeu veſtimentum. Vere enim sic confirmatur conventio omnis, & parit hoc rei interventu obligationem. *L. ex placito, C. de rer. per. L. diviſionis, D. de pact. L. legem, C. eod.* Sed non recte, quod hoc novum faciunt veſtimenti genus, & diſtinguunt ab eo, quod in ſuperiore diviſione iuris res dicitur. Quid eſt enim rei interventus, niſi [5] res interveniens? Plane hæc eadem. Ut in *L. diviſionis, D. de pact.* dicitur pactum diviſionis, ideſt permutationis rerum communium, ſumere effectum rei traditione. At hoc ipſum eſt, quod alibi dicitur ſumere effectum obligationis ex re tradita, ſeu ex re ſecuta. *L. 1. D. de rer perm. L. ex placito, C. eod.* Quocirca rei interventu contrahi obligationem, & eamdem re contrahi idem valent: ut profecto non debuerit iſte rei interventus quem vocant, ab hoc genere ſeparari. De quo plura *ſequenti capite.*

XI. Poſtremo ſtatuit Accurſius in hoc genere veſtimentorum operis promiſſi initium ſeu incœptionem ex hac cauſſa. Nam si quis pollicitus sit reipublicæ ſe opus facturum, aut ad opus publicum faciendum ſe pecuniam collaturum, primo quidem non tenetur ſola pollicitatione, si sine iuſta cauſſa promiſerit. Sed si cœperit facere, incipit obligari, ut perficiat. *L. 1.* §. *1. D. de poll.* Et hoc in cauſſa publica, atque eo opere, quod promittitur reipublicæ recte dicitur. Ad conventiones & pollicitationes privatas aut ad alias res quam opera publica non pertinet. Quin generaliter ita definiemus; ſi quis quid promiſerit quod initium faciendi & progreſſum deſideret, ut opus, aut aliquam ſummam certis annis: ſi promiſerit nudo pacto ita, ut ſolo conſenſu non obligetur, nunquam ideo obligatum iri, quia vel facere vel aliquoties dare, quod promiſerat, cœperit. *L. ſi certis, C. de pact.* Id ſi in pactis ius eſt, multo magis probandum eſt in pollicitatione, quæ eſt ſolius offerentis promiſſum. Nihil ad rem pertinet ſuperius exemplum. Ius enim ſingulare eſt in pollicitatione operis publici in civitatem collata. Ius contra rationem iuris communis introductum, proinde non producendum ad conſequentias. *L. quod vero,*

5) Diſſ. Gomez. 2. *Reſol.* 8. *ut not. infra Lib.* 14. C. 10.

vero, *D. de legib.* Stet igitur non plures res eſſe, quæ confirment conventionem alioqui per ſe inutilem, quam iure communi hæc tria, rem, verba, literas; iure ſingulari iuſiurandum in liberto, & & iis rebus quas diximus. Simul rata ſit diviſio ſuperior, quæ hoc efficit, quæ obligationes non ſolo conſenſu contrahuntur, non aliter iure communi contrahi, quam re, verbis, literis: iure ſingulari iureiurando. Meminerimuſque hanc eſſe ſententiam, non ut in his contrahatur obligatio re ſola, aut ſolis verbis, aut ſolis literis; ſed ut contrahatur non ſine conventione quidem, verum non conventione ſola, ſed cum ad conventionem unum horum aliquod acceſſerit, aut res, aut verba, aut literæ, aut in liberto iuſiurandum. Ac de iureiurando ubi, & quando obligationem pariat ſatis intellectum eſt ex his paucis, quæ de obligatione liberti diximus in hac ſpecie. Quid ſit autem re, aut verbis, literiſve contrahi obligationem, incertius eſt, & indiget pluribus verbis. Ideo de ſingulis ſigillatim dicemus.

C A P. XII.

Re contrahi obligationem, quid ſit. Generaliter autem recte definiri, hoc modo obligationem contrahi, quoties dedi tibi aut feci aliquid ea lege, ut mihi item quid dares, aut faceres, ſive idem ſive aliud: ſi modo alioqui ſola conventione nata non eſſet obligatio.

Re contrahendarum obligationum tractatio & a Caio in L. 1. D. de O. & A. *& a Iuſtiniano in* Inſtitutionihus *tradita, obſcura ſatis, & imperfecta.* I.

Ex certis iuris principiis ſuô ordini atque elegantiæ ab auctore reſtituta. II.

Satis apta rei definitione: quæ præcipua duo; conventionem, & dationem, ſeu factum complectitur. III. IV.

Ex datione ſeu facto civilis obligatio naſcitur in id, ut contrahentium alter quid det viciſſim, aut faciat. V.

Excipiuntur uſuræ, ſed inter privatos dumtaxat, & inſtrictis iudiciis. VI.

Superiori obligationi, præter conſenſum datio vel factum cauſſam atque initium præbet. VII. IX.

Aſt obligatio quæ e ſolo conſenſu emergit; etiam re ſecuta, non re, ſed conſenſu perficitur dumtaxat; quibus in contractibus iſta cernatur. VIII.

In conventionibus, in quibus traditio rei initium præbet obligationi, ſive ea lege ut res eadem reſtituatur, ſive ut quid aliud detur aut fiat; traditione in omnibus ſecuta, re ſtatim contrahitur obligatio; & quare. X.

Et has quidem omnes, quomodocunque vel factum, vel datio, cauſſa obligationis præceſſerit, cum verbi ſignificatione, tum auctoritate iuris ad id contractuum genus referri, qui re contrahuntur. XI. XII.

Ideo non ſemel peccare Interpretes, qui illas ad quintum genus obligationum revocent. XIII.

I. QUid ſit re contrahi obligationem, & qui huius generis ſint contractus, quæ ſpecies, fruſtra quæratur ex diviſione & tractatione Caii, quæ exſtat de hoc genere in *L.* 1. *D. de obl. & act.* quam eamdem tranſtulit Iuſtinianus in *Tit. Iuſt. quib. mod. re contr. obl.* Non modo enim id non explicatur ſuperiore tractatione: ſed etiam prope dixerim ea tractatio tota huius generis cognitionem impedit. Nam cum duæ res ſint ad genus aliquod & ſpecies eius generis cognoſcendas neceſſariæ, definitio rei, & diviſio, ſeu ſpecierum enumeratio: utrumque in ſuperiore tractatione longe lateque eſt prætermiſſum. Definitio nulla, non dico ſubtilis aliqua, & artificioſa, quam non requirimus, dum res intelligatur: ſed ne tenuis quidem explicatio, qua ſignificetur, quid ſit re obligationem contrahi; ut ex ea deſcriptione, ſi quæ conventio aut factum proponatur, conventionem aut factum huius generis agnoſcere poſſimus. Factum dixit Caius, re contrahi obligationem, veluti mutui datione, ac deinde aliquot ſpecies eiuſdem generis poſtea enumeravit. Idem & Iuſtinianus totidem verbis, *Tit. quib. mod. re contr. oblig.* At hinc error legenti obiicitur, potius, quam res explicatur, ſi ſunt

ſunt plures ſpecies huius generis, nec ſunt ſuperioribus ſimiles. Quid enim ex his exemplis aut eorum enumeratione aliud colligamus, quam aut in his ſolis conſiſtere hanc obligationem, aut in his & ſimilibus, ut ſic deinde iniciiatur quærendi labor, qui ſint iſti ſimiles? Atqui non ſunt paucæ aliæ cauſſæ diſſimiles, ſed innumeræ, quæ non modo non intelligantur ex ſuperioribus, ſed etiam his reiiciantur, ſi tantum enumeratas illas ſequi placet. Denique non tantum omiſſæ ſunt ſpecies quædam eius generis, in quo verſatur mutuum, commodatum, & reliquæ, de quibus eſt apud illos: ſed etiam prætermiſſa genera ſumma duo late patentia. Unum earum cauſſarum, in quibus quæ ob cauſſam data ſunt, aut donata ſimpliciter, revocantur aut ex errore dantis, aut ex pœnitentia. In quo genere ſunt, condictio indebiti, condictio ob cauſſam dati re non ſecuta, donatorum cauſſa mortis, & rerum ſimpliciter donatarum revocatio ex ſuis cauſſis. Alterum genus eſt contractuum incertorum, [1] ſeu innominatorum, ut vulgo vocant. Cuius generis hæ ſpecies, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. In quibus omnibns mihi certum eſt & naſci obligationem ex contractu & negotio geſto, & hanc re contrahi. Cumque ſint contractus, non poſſe his inter contractus alibi locum, quam in hoc genere aſſignari. Quod & definitio & diviſio generis ſubiecta declarabit.

II. Omnino igitur hoc genus aliam explicationem & tractationem deſiderat: in qua res ex aliis locis & certis principiis iuris nobis accerſenda eſt, & danda opera, ut multitudo illa negotiorum atque contractuum, quæ in ſuperioribus generibus eſt, quæ uſque adhuc incertis vagata eſt ſedibus in iure noſtro, & nullum adhuc locum in hac diviſione contractuum reperire potuit: ab errore in viam, & ad hoc genus tanquam ad ſuas ſedes; ab incertitudine cauſſarum huius obligationis ad ſuas cauſſas & certa genera, ac certitudinem præceptionis transferatur. Id ita recte fiet, si initio conſtituerimus, quid sit re obligationem contrabi, ſeu quod idem eſt, quid ſit conventionem re parere obligationem; ſeu quid, contractum re fieri. Ex quo etiam, quam variæ ſpecies negotiorum, atque contractuum ad hoc genus pertineant, intelligetur.

III. Et ut verbis dicitur contrahi obligatio, cum verba, id eſt ſtipulatio ad conſenſum accedens conſtituit obligationem: *Inſt. de verb. obl. L. diviſionis, D. de pact.* ut contrahi literis, cum ſcriptura ad reddendæ pecuniæ conventionem accedens facit, ut obligatio hinc naſcatur: *Inſt. de lit. obl.* ſic non aliud intelligere poſſumus aut debemus eſſe, re contrahi obligationem, quam cum res ad conventionem accedens perficit obligationem: vel ut in permutatione aliis verbis expreſſit Paulus, cum res tradita aut facta ad conventionem accedens initium obligationi præbet. Hoc ille de permutatione in *L. 1. D. de rer. permut.* & ſimul hac nota ab iis contractibus diſtinguit, qui nudo conſenſu conſtituunt obligationem. Emptio, inquit, & venditio nuda conſentientium voluntate contrahitur. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. Quibus verbis aperte indicat, etiam ex permutatione naſci obligationem; hanc autem non contrahi conſenſu ſolo, ſed ex re ſecuta: quod plane nihil aliud eſt, quam contrahi re, ubi ſolum res conventioni accedens initium obligationi fecit. Sed hoc adhuc obſcurius, & incertius. Quæretur enim amplius, quæ ſit illa conventio, quam hic intelligi volumus. Quæ item & a quo res illa, quæ iſti conventioni accedens efficiat obligationem, & num quæcumque res ita acceſſerit, recte in univerſum dicamus ibi obligationem re contrahi.

IV. Sic ergo potius definiamus explicatius & certius, unde horum unumquodque intelligatur. Re contrahitur obligatio, cum dedi tibi quid, aut feci voluntate tua, ea conventione interpoſita, ut viciſſim mihi dares quid, aut faceres, idque tunc, cum non aliter naſceretur obligatio, quam ſi prius illud datum aut factum meum præceſſiſſet. Definitio ſuperiora illa tria complectitur. Membra conſideremus. Principio hoc ſtatuit, obligationem, ut re contrahatur, duas res deſiderare, rem, & conventionem; ut neque conventio ſola obli-

1) Vult. *ad pr. I. de Obl. n.* 43. de contractibus innominatis altum in Inſtitutionibus ſilentium ſive incuria Triboniani, ſeu quod ea doctrina intricatior, quam ut tyronibus proponi debeat, quod magis placet. Sed & Caius *in L. 1. §. 2. de O. & A.* videtur diviſionem tantum certorum contractuum tradere voluiſſe. Quod facilius probari poterit ſi verba *ex variis figuris d. L. 1. pr.* accipiamus de contractibus incertis, cum Hotomanno & Hoppero; vid. *ſupra Cap. 5. N. 3.* Forte etiam viſum eſt, quia confuſa ac indigeſta eorum forma, certa nec definitione nec diviſione poſſe comprehendi. Nec eadem penitus ratio horum, quæ contractuum realium certorum. Hic enim ſemper conventio traditioni rei coniuncta. Illic poteſt implementum rei ſubſequi. Ut ſi conveniat de manumittendo Sticho ut mihi Pamphilum dares, vel ut P. manumittas, hic etſi poſt intervallum aliquod manumiſero, ex tempore illo initium præbetur obligationi &c.

obligationem hic pariat, neque res ſola tibi data aut facta voluntate tua: ſed utrumque ita, cum ad conventionem res aut coniuncta aut poſtea ſecuta acceſſerit. Si quæritur, quam hic conventionem & rem dicamus, hæ ſunt. Conventio eſt, qua convenit, inter nos, ut nihil dares aut faceres. Conventio omnium contractuum communis, eademque in omnibus ante omnia ad obligationem neceſſaria. Ut quanvis ego tibi doderim quid aut fecerim voluntate tua, non ideo magis mihi obligeris, niſi hoc ipſum convenerit, ut mihi etiam quid dares aut faceres. Generaliter enim tenendum eſt illud Pedii, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conventionem, ſive re, ſive verbis fiat. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Idque ipſum eſt, quod in hac ſpecie Iulianus definivit, non omnem numerationem eum obligare qui accepit, ſed quoties id ipſum agitur, ut confeſtim obligetur, *L. non omnis, D. ſi cert. pet.* Res, quam hic accedere volumus, eſt id, quod prius tibi dedi aut feci, ea conventione, ut mihi dares quid aut faceres. Hac re accedente, de iure huius facti duo dicimus: nempe & hinc naſci obligationem qua mihi tenearis, & hanc obligationem re contrahi, ubi alioqui ſola conventione obligatio nata non eſſet. Horum utrumque quale ſit, & quam verum, videamus.

V. Ac de obligatione, quæ ex huiuſmodi datione aut facto naſcatur, iuris certi ſententia hæc eſt. Quoties dedi tibi quid, aut feci, ut dares aut faceres, non iam hic pactum nudum eſſe. Ideo hinc naſci civilem obligationem & actionem in hoc, ut des aut facias id, de quo convenit, ſive conventio per ſe ſola obligationem pareret ſine facto meo, ſive non pareret. *L. legem, C. de pact. L. naturalis* tota, *L. ſolent, D. de præſ. ver.* Quam ſententiam Ulpianus extulit aliis verbis in *L. iuris gentium* verſ. 1. *D. de pact.* ut ſcilicet quanvis conventio in alium contractum (ideſt in aliud nomen contractus) non tranſeat: ſi tamen ſubſit cauſſa, & cauſſa præter conventionem (hoc enim addidit poſtea in §. *ſed cum nulla.*) Tum naſcatur obligatio iure civili. Simul quid cauſſam vocet præter conventionem, exemplo declarat, idque eſſe vult intelligi, cum dedi tibi aut feci ſupra ſcripta lege, ut mihi quid des aut facias. Significans ut ſupra attigi, duplicem hic cauſſam eſſe, cur mihi dare debeas, conventionem quidem in primis, ſine qua nihil deberes; ſed tamen non ſolam, quæ ſufficiat; ſed & hanc cauſſam præter conventionem, quod dedi aut feci prius hac ipſa lege, ut mihi dares aut faceres.

VI. Excipiuntur hic uſuræ in ſtricti iuris contractibus. Placet enim eas niſi in ſtipulatum deductas in his iudiciis non deberi. *L. 3. C. de uſur.* ut quamvis forte pecuniam mutuam tibi dederim nominatim hac lege, ut inſuper quid præſtares, nihilomagis ex pacto ſis debiturus. *L. ſi tibi, D. de pact.* ſcilicet quia uſura eſt, quidquid placet ſupra ſortem præſtari. Hoc in privatis. Civitatibus enim etiam ex hoc pacto, quanvis a ſtipulatione nudo, debentur uſuræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. etiam, D. de uſur.* Sed & in bonæ fidei iudiciis uſuræ ex conventione, quæ initio contractus interpoſita ſit, debentur. *L. initio, C. de pact. int. empt.* Sic fit, ut & hæ ipſæ dumtaxat inter privatos & in ſtrictis iudiciis ſint exceptæ. Quo magis in omnibus aliis rebus confirmatur in univerſum ſententia ſuperior, ut quoties dedi tibi aut feci quid, ut & ipſe quid dares, aut faceres, probandum ſit hinc naſci obligationem, qua mihi teneris ad dandum aut faciendum, quod ex conventione præſtari debuit. Hæc de obligatione.

VII. Proxima quæſtio eſt, an quæ hic naſcitur obligatio, dicenda ſit re contrahi, an aliter. Dicendum eſt, quod ſupra utraque definitione ſum complexus, ita demum hic obligationem re contrahi, ſi hæc ipſa datio mea, aut factum initium præbuit obligationi, id eſt tale fuit, ut niſi ita dediſſem feciſſemve prius, nulla naſceretur obligatio. Sic enim fit, ut in hac ſpecie cauſſa obligationis & initium vere ſit [1] in re; qua non interveniente, nihil profuiſſet præcedere conſenſum rem omnium conventionum & contractuum communem. Proinde ſi quis erit contractus, in quo, & re non ſecuta, obligatio conſtitueretur conſenſu: etiam, re ſecuta, dicemus in eo genere rem conſenſu contrahi; non re.

VIII. Huius generis contractus ſunt ſuperiores illi, in quibus obligationem ſolo conſenſu contrahi diximus, & in quibus mutuæ ſunt præſtationes, ut dici poſſit unum ex contrahentibus quid dediſſe, aut feciſſe, ut alter invicem quid daret, faceret.

1) Vult. *in §. ult. I. de obl. n. 3.* ubi niſi res ipſa tradatur, contractus imperfectus; & Alex. Picenard. *ad Rub. I. Quib. mod. re.* verſ. *noto primo.* Ac neceſſe eſt ut res ſit corpore ſuo præſens. Quod in emptione neceſſe non eſt, ſed poteſt Epheſi vendi res Romæ ſita. Vult. *in pr. I. Quib. mod. re. n. 4. 5. 6.* vid. & A. Fab. *ad L. 1. §. 3. de pact.* Mozz. *de Contr. tit. Quæ veniant appell. rei. n. 4. & ſeqq.*

ceret. Sunt autem hi emptio & venditio, locatio & conductio, mandatum, ſocietas, contractus emphyteuticus. Finge hoc modo: Vendidi tibi fundum, & tradidi, ut mihi pretium dares. Nempe dedi, ut dares. Ac te etiam mihi obligari conſtat, ut des: ſive quia ſimpliciter emptio eſt, *L. ex empto, D. de act. empt.* ſive quia hoc etiam acceſſit, ut tibi prius darem fundum, aut traderem. *d. L. legem, C. de pact.* Quid dicemus? an quia res ſecuta eſt, & tibi prius dedi, ut dares, idcirco re contrahi obligationem? Immo conſenſu, non re, ſicuti ſi ab initio non tradito fundo emptio ſolo conſenſu contracta eſſet. Quocumque enim modo contracta ſit, ſemper certe emptio eſt, & re non tradita, & tradita. *L. naturalis, 1. reſp. D. de præſcr. verb.* Emptio autem qualis qualis ſit, ſemper conſenſu ſolo conſtituitur. *L. 1.* in pr. *L. 2. D. de contr. empt.* Sed & fundo tradito, ideo dici non poteſt obligatio re contracta; quia ſi poſtea traditus eſt, non deſinit emptio contracta eſſe conſenſu, quæ ab initio conſenſu contracta eſt. Si ſtatim initio, non tamen propter eam traditionem obligatio nata eſt, cum & ſine eo emptio eſſet futura. Ubi autem res initium obligationi non dedit, ibi re obligatio contracta dici non poteſt. Idemque in cæteris eiuſdem generis contractibus dicendum eſt, ubi quid unus dedit, ut alter viciſſim quid præſtaret.

IX. Quod ſi quæ erant negotia & conventiones eiuſmodi, in quibus, re non ſecuta, non conſtitueretur obligatio conſenſu: tum vere dixerimus cum dedi aut feci, ut dares aut faceres, in his ut contrahitur ſemper obligatio; ita & re contrahi, quia res ſecuta initium obligationi præbeat, id eſt in cauſſa ſit, cur obligatio naſcatur. Id autem ſi ſuperiores illas exceperis quas dixi, emptionem, locationem, mandatum, ſocietatem, contractum emphyteuticum, accidit in reliquis conventionibus omnibus. Quippe quæ aut non pariant obligationem ſolo conſenſu, aut non habeant mutuas præſtationes, quas nunc quærimus.

X. Sed an in his ipſis conventionibus reliquis, cum dedi tibi aliquid, ut viciſſim quid dares aut faceres, hoc ipſo contrahitur re obligatio in omnibus? Conſtat quidem in his contrahi, in quibus traditione ipſa id agitur, ut eadem res reſtituatur, ut in mutuo, commodato, depoſito, pignore. *Inſtitut. quibus mod. re contr. oblig.* At quid ſi dem tibi, ut aliud quid des, aut facias, ut in permutatione? Nihilominus dicemus & hic obligationem re contrahi, ubi non aliter obligareris, quam ſi tibi dediſſem. Sic enim & hic res a me data fecit, ut obligareris, &, ut loquimur, initium obligationi dedit. Ex re igitur hæc primum obligatio. Quid eſt autem ex re eſſe, niſi re contrahi? Nec aliunde magis intelligi poteſt, quam recte ita definiatur, quam ex mutuo. Cur enim contrahitur re mutuum? Quia non contrahitur, niſi pecunia proficiſcatur in debitorem, ut ſic initium obligationis naſcatur a re & pecunia tradita. *L. ſecunda §. penult. D. ſi cert. pet.* At non aliter contrahitur obligatio in permutatione, omninoque in ea dicitur res tradita initium obligationi præbere. *d. L. prima, D. de rer. perm.* Sit igitur & hic conventio ea, ubi obligatio re contrahatur, & generaliter cum dedi tibi quid, ut faceres, ſive id actum ſit, ut rem eamdem redderes, ſive ut aliud dares, aut faceres: dum ita ſit obligatio, ut non contraheretur aliter, quam ſi tibi dediſſem. Non diffiteor veteres proprie & ſpecialiter tunc dixiſſe obligationem re contrahi, cum res ita data traditave eſt, ut reſtitui deberet eadem vel genere ut in mutuo, vel in ſpecie ut in commodato. Quod non tantum indicat tractatio Caii & Iuſtiniani de hoc genere, in qua illi totum hoc genus intra has ſpecies & ſimiles concluſerunt: *L. prima D. de oblig. & actio. Inſt. quibus mod. re contr. oblig.* ſed multo evidentius illa ſententia Pauli, quæ extat in *L. ſi tibi, D. de pact.* re non poſſe obligationem contrahi, niſi quatenus, ſeu ultra quam datum ſit. Quæ ſane ſententia iis contractibus & conventionibus convenire non poteſt, in quibus do tibi Pamphilum ut mihi aliud des aut facias: quoniam hoc ipſum aliud eſt ultra id, quod tibi dedi. Sed etiam hic fatendum eſt, nimis hoc anguſte & præciſe dici, nec ſatis rei, de qua agitur, aut ſignificationi verborum convenienter. Nam ſi vere dicendum eſt cum dedi tibi quid, ut des aut facias, non naſcitur obligatio ex eo, quod idem aut aliud mihi præſtare debes, quod poſt contractam obligationem ſecuturum eſt; ſed ex iis, quæ præceſſerunt, obligationis cauſſis, quæ duæ ſunt; conventio, & præter conventionem res tradita, ut dares faceres. Proinde ubicumque hæ cauſſæ anteceſſerint, dicendum eſt in iiſdem cauſſis idem effectum agnoſci debere, id eſt & hic pariter contrahi obligationem. Idque ipſum plane eſt ex verbi ſignificatione: cum & hic ſimiliter res tradita initium præbeat obligationi.

XI.

XI. Quid, ſi non dedi, ſed feci tibi aliquid, ut viciſſim quid dares aut faceres? puta manumiſi Stichum, ut mihi Pamphilum dares, manumiſi, ut manumitteres. Te quidem mihi obligari conſtat, ut facias, quod promiſiſti, idque iam ſupra effectum eſt. *L. ſolent*, *D. de præſ. verb.* Sed an hic quoque dicemus re obligationem contrahi, ut definitione complexi ſumus, an aliter. Movet, quod facta non ſunt res, ut videtur. Certe a rebus diſtinguuntur in §. *ult. Inſt. de verbor. obl.* his verbis, *non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta: ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri.* Et probandum eſt, etiam in hoc genere non aliter, quam ſupra, re contrahi obligationem. Quidni, ſi factum æque hic præbet initium obligationi, & factum res eſt? Atque hic factum obligationi cauſſam præbet non minus, quam cum rem dedi aut tradidi: & ſi de verbis quæritur, facta quoque omnia res ſunt, & paſſim verbo rei ſignificantur a noſtris. Manumiſſus eſt ſervus: hoc factum res eſt, nempe manumiſſio. Negotia geſta ſunt: & hoc factum res eſt, nempe rerum adminiſtratio. Idemque de cæteris factis dicendum eſt. In uſu autem iuris nihil frequentius, quam factum rem dici, & verbo *rei* facta quævis intelligi, ut patet ex his formulis loquendi. Cui *rei* dolus non aberit, quanti ea *res* erit, tantam pecuniam dari. *L. ſtipulatio iſta*, 38. §. *ſi quis dolum*, *D. de verb. obligat.* cui rei, id eſt cui facto & conventioni. Quanti ea res erit; id eſt quanti id factum, quod me deceperis. Item in edicto de his qui deiecerunt vel effuderunt. *L.* 1. in pr. *eod. tit.* Illud, quantum ex ea *re* damnum datum factumve erit: valet, quantum ex ea deiectione & effuſione. Et *ibidem*. Quantum ob eam *rem* æquum iudici videbitur, ſignificat, quantum æquum videbitur ob id factum, quod libero homini nocitum eſſe dicetur, ut nominatim præceſſerat in eadem clauſula. Item ſtipulatio ex *re* ipſa dilationem capit, id eſt ex eo, quod promiſſum eſt, ſive in dando ſit, ſive in faciendo: ut, ſi domum ædificari, aut operæ promiſſæ ſint. *L. interdum*, 73. *D. de verbor. oblig.* Et veteres tractatum atque obligationem ob *rem* dati vocant, non ſolum cum dedi tibi, ut rem aliquam dares, ſed etiam cum dedi ut aliquid faceres: aut aliquid ſequeretur: ſignificantes & hoc omne, quod fieri debet, propter quod tibi do, *rem* eſſe. *L. naturalis*, in pr. *D. de præſ. verb.* *L. damus*, *D. de cond. ind.* At diſtinguuntur facta a rebus in §. *ult. Inſtit. de verb. oblig.* Non utique proprietate & ſignificatione verbi *rei*, ſed loquentis inſtituto, qui hæc duo coniungens, verbo *rei* voluit intelligi non rem quamlibet, ſed eam, quæ detur; facti autem verbo quidquid ita fit, ut res non detur. Id enim exprimere volunt, quod eſt in *L.* 2. *D. de verb. obl.* ſtipulationum quaſdam in *dando* eſſe, quaſdam in *faciendo*. Nec novum, ut quæ verba vi ſua generalia ſunt, cum aliis iunguntur eiuſdem generis, tum ad ſpecies diſtinctas ſignificandas contrahantur docendi cauſſa; ut factum videmus, cum in aliis innumeris, tum maxime in verbis iniuſti, rupti, & irriti teſtamenti. De quibus etiam teſtatur Iuſtinianus in §. *alio*, *Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Illuc igitur redeo, ſi cum feci, ut dares quid, aut faceres; factum meum initium obligationi dedit non aliter, quam cum dedi, ut dares aut faceres; & id factum meum res eſt: ſi in priore genere illic ob cauſſam re contrahitur obligatio, dici nihil poſſe, cur non & in hoc ob eamdem cauſſam pariter re contrahatur. Quo efficitur verum eſſe, ſuperiorem definitionem in omnes partes, ut ſive dedi tibi quid, ſive feci, ea lege ut dares aut faceres, vel idem vel aliud; ſemper probandum ſit, ea re data aut facta, recte dici contrahi obligationem, ac proinde ſimpliciter re, ubi niſi ea re interveniente non eſſet obligatio ſolo conſenſu contracta.

XII. Cum hoc rectiſſime dicitur ex verbi ſignificatione, ubi ſcilicet in omnibus pariter res data aut facta initium obligationi præbet; tum vero ita ſtatui ad iuris auctoritatem omnino neceſſe eſt, ne quis hic a me innovari quid contra eam auctoritatem criminetur. Non enim poteſt dici aliter, ſi volumus diviſionem ſuperiorem contractuum a veteribus traditam & receptam defendi. Sic veteres diviſerunt, ut dicerent omnem obligationem ex contractu aut re contrahi, aut verbis, aut conſenſu. *L.* 1. *D. de obl. & act.* *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Iuſtinianus ex conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum addidit, aut literis. §. *ult. Inſt. de obl.* At omnes hæ conventiones, quibus dedi tibi aut feci aliquid, ut dares aut faceres, ſunt contractus. Congruit definitio. Sunt enim duorum pluriumve conſenſus in hoc, ut unus quid det aut faciat alteri, iure ad eam rem comprobatus. Comprobatum eſſe declarat obligatio & actio, quæ inde naſcitur. *L. iuris gentium*, in princ. *D. de pact. d. L. naturalis*, *D. de præſ. verb.*

Sed & contractus, ut pro certo habeatur, ita dicuntur a veteribus. *L.* 3. *L. ſi dominus*, in fin. *L. ob eam*, ſeq. *de præſ. verb.* Si contractus, neceſſe eſt aut mancam eſſe ſuperiorem diviſionem contractuum, aut hos contractus ad unum aliquod genus illius diviſionis pertinere. Atqui ad cætera non pertinent. Non enim contrahitur in his obligatio conſenſu, ſed, re tantum ſecuta, id eſt cum prius dedi aut feci ad obligationem futuram. *L. ex placito, C. de rer. permut. L.* 1. *D. eod.* Sed nec verbis, ideſt ſtipulatione, aut literis. Proponimus enim rem ſine ſtipulatione geſtam. Literarum obligatio quæ in mutui cauſſa verſatur, has conventiones non attingit. Relinquitur igitur, hoc unum ex ſuperiore diviſione, ut ex eo genere contractuum obligatio re contrahi intelligatur.

XIII. Scio vulgo interpretes dum hoc genus contractuum ab iis, qui re fiunt, removent, quintum genus admiſiſſe, in quo volunt obligationem contrahi rei interventu. Hunc enim vocant interventum rei, cum dedi tibi, aut feci prius, quo viciſſim quid dares aut faceres, de quo ſupra dixi. Sed hoc bis vitioſe. Primum quod dum novum genus inducere ſe verbis putant, reipſa idem ſtatuunt. Quid eſt enim, ut ante dixi, rei interventus, niſi res interveniens? ut profecto nihil aliud ſit contrahi obligationem rei interventu, quam re contrahi. Deinde non vident novo genere admiſſo, ſe hoc dicere, vitioſam eſſe diviſionem iuris certi, cui ſaltem hoc genus deſit. Erat autem interpretum diviſiones iure receptas tueri, non infirmare; niſi quid eſſet, quo mancas eſſe, aut aliter vitioſas liquido probaretur. Quæ cum ita ſint, conſtat iam definitionem ſupra a nobis poſitam veram eſſe, & quæcumque ita dantur, fiunt, ut quid detur aut fiat, ſiquidem non aliter naſceretur obligatio, debere ad hoc genus omnia referri.

C A P. X I I I.

Contractuum qui re fiunt, genera duo. Unum eorum, quibus id agitur, ut re data traditave, eadem reddatur. Alterum eorum, quibus id agitur, ut pro eo quod datum, factumve eſt, præſtetur aliud. Et de genere priore. Eius eſſe duas ſpecies: & qui contractus cuique ſpeciei ſubiiciantur.

Rerum nexus, & ratio ordinis. I.

Ex duplici præſtandæ rei conventione duo contractuum qui re perficiuntur, ſumma genera oriri; & quæ illa. II.

Quidam, cum res eadem redditur, traditionem rei habent apertam; ſed conventionem obſcuram. Hæc aut ex titulo rei geſtæ aut ratiocinatione colligitur. III.

Ex nomine traditionis, ſive rei geſtæ ſignant conventionem reddendæ rei mutuum, commodatum, depoſitum, pignus, dos, donatio propter nuptias: & qualis traditio in ſingulis, & ex traditionis ſine reddendi conventio appareat, explicatur. IV. V.

Ex ratiocinatione ſeu contrahentium mente conventionis reddendæ rei interpretationem ſumunt datum ob cauſſam, & precarium. VI.

Quomodo datum ob cauſſam, & quidem ſive præteritam, ſive futuram; & hanc rurſus honeſtam vel inhoneſtam. VII. VIII.

Quomodo item precarium. IX.

I. HAc definitione res eſſet explicata, ſciremuſque in univerſum, ubi re contraheretur obligatio, ſi ubique conſtaret, quando quid datum aut factum eſſet, & quando huic facto adiuncta conventio, ut viciſſim quid dares faceres. Nam cum hoc genus contractus perficiatur his duabus partibus, re data aut facta, & conventione; cui partes notæ eſſent, huic neceſſe eſſet & totum eſſe cognitum, neque pluribus verbis ad dignoſcendum huius generis contractum res indigeret. Sed hic non ſemper accidit, ut utraque illa pars ſit nota, ubi tamen placeat obligationem re contrahi. Unde huius generis difficultas. Id autem evenit ex eo. Nam illud quidem, an quid datum factumve ſit, fere ſemper certum natura, & eiuſmodi, quod ſi præſentibus teſtibus res geſta ſit, & a nobis ſciri, & facile probari poſſit. Ut enim det quis aut faciat aliquid, conſtat corpore. Quæ autem corpore

pore fiunt, ideo ſemper ſunt certa, quia ſub ſenſum cadunt. At conventio, ut re accepta aliquid viciſſim des aut facias, & quidnam id ſit, non ſemper apparet in hoc genere contractuum. Exprimitur nonnunquam: quo facto dubitatio tollitur. Sed & ſæpe intelligitur tantum. Quod quoniam præter verba fit, ideo ubi, & qua nota deprehendatur hæc conventio, quæri ſolet, ut exinde tanquam ex contractu huius generis obligatio naſcatur, & repetitio competat. In quo laboratur. Sed & interdum, paucis quidem in cauſſis, interdum tamen accidit e converſo, ut conventio exprimatur; factum, quod obligationi cauſſam præbet, lateat. Utraque hæc res facit, ut a definitione generis deſcendendum ſit ad huius generis ſpecies, ex quibus & conventio ſuperior, & ſimul contractus dignoſcatur.

II. Et contractus huius generis duplicem rei præſtandæ conventionem habent, qua & ex conventione diſtinguuntur. Ex quo & eorum contractuum genera ſumma duo. Quidam ſunt, in quibus id agitur, ut re data traditave, idem reddatur. Idem vel ſpecie ut in commodato; vel genere, ut in mutuo. Quidam, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve eſt, præſtetur aliud.

III. In quibus conventio eſt de eadem re reddenda, hi ſemper traditionem rei apertam habent. Quod vel hinc licet intelligere, quod dicimus id agi, ut res eadem reddatur. Neque enim reddi poteſt, niſi quæ prius accepta fuit: ſed conventionem de re reddenda habent obſcuram. Nam in hoc genere toto conventio non exprimitur verbis; tacite tantum ſignificatur. Unde dubitatio, quibus rebus hanc conventionem dignoſcamus, ut efficiatur is contractus, quem volumus. Et ut intelligitur hæc conventio, ita ſpecies huius generis diſtinctas eſſe oportet. Intelligitur autem ea conventio duobus modis. Aut enim ſignificatur nomine ipſo & titulo traditionis; aut ſine ullo nomine rei geſtæ, & ſine ullis verbis ratiocinatione colligitur.

IV. Quæ conventiones huius generis verbo traditionis incluſam reſtituendi ſignificationem habent, ſunt ſex; Mutuum; Commodatum; Depoſitum; Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. De prioribus contractibus quatuor conſtat. Recenſentur enim nominatim in hoc numero *Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* De duobus poſterioribus dubites, dote, & donatione propter nuptias. Nuſquam enim in eo numero has ſpecies haberi legimus. Sed non minus & hæ in eadem cauſſa habendæ ſunt. Nam & in his datio ſuum nomen habet, ut apparet: & in iiſdem ſuſcipitur obligatio de dote, & donatione propter nuptias reddenda ſoluto matrimonio, ut dicetur ſuo loco. Sunt ergo in his omnibus contractibus qui re fiant. Idem eiuſmodi, qui traditionem rei habeant, & conventionem de re præſtanda, nempe de eadem re reddenda. Et traditio quidem rei in his manifeſta eſt, ut quæ ſuperioribus verbis non ſignificetur tantum, ſed etiam exprimatur. Nam mutuum eſt, quod ita tibi dedi, ut de meo tuum fieret, & rurſum ex tuo meum. *L. 2. §. appellata, D. ſi cert. pet.* Commodatum eſt utendum datum. *§. item is, Inſt. quib. mod. re contr. obl. L. 1. D. depoſ.* Pignus res creditori pro debito obligata: ſed proprie cum res creditori tradita eſt. *L. plebſ. §. pignus, D. de verb. ſign. L. ſi rem, §. proprie, D. de pignor. act.* Quo modo & nunc pignoris verbum uſurpamus. Intelligimus enim hic obligationem re contrahi, quæ ſit de pignore reddendo, ſoluta pecunia. *§. ult. Inſt. quib. mod. re contr. obl* Dos eſt, quod mulieris nomine marito datur, ut ſit apud eum pro oneribus matrimonii. Nec unquam dos eſt, aut fit dotale quidquam, niſi dominio in maritum translato. *L. dotale, §. dotale, D. de fund. dot.* Donatio propter nuptias ſe ipſam ſatis oſtendit. Nam donatio eſt doni datio. *L. ſenatus, §. 1. D. de mort. cauſ. don.* Ergo, ut dixi, ſatis aperte ſuperioribus verbis res alteri data traditave ſignificatur.

V. Sed ad contrahendam in his obligationem de re reddenda, nihil prodeſt hæc traditio, quæcunque eſt, niſi inſit etiam conventio & conſenſus de hac ipſa re reddenda. Manet enim ſemper illud, nullum eſſe contractum ſine conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ubi igitur illa conventio, quando quidem verbis non exprimitur? Nempe verbis non expreſſa, ex fine tradendi intelligitur; quem finem verba ſuperiora non obſcure in ſe incluſum habent. Animadverti enim debet ſuperioribus verbis ſignificari non quamvis rem ſimpliciter datam aut traditam, ſed datam ad certum modum, & certum finem. Ut datur mutuum fruendi eius cauſſa; commodatum utendi, depoſitum cuſtodiendi; pignus, ut ſit cautum creditori pro debito; dos, ut ſit marito res, ex cuius fructibus ferat onera matrimonii; donatio propter nuptias, ut conſiſtat quandiu erunt nuptiæ. Hinc facile intellectu eſt, hoc fine in ſingulis præſcripto hoc

agi, ut ceſſante eo fine, deſinat effectus, atque ita res redeat ad eum, qui dedit, tradidit, *arg. L. quod dictum, D. de pact.* Sic fit, ut traditione rei & conventione de re reddenda intervenientibus, cum alioqui niſi re tradita non poſſet ulla obligatio de re reddenda contrahi, in his ſine dubio re contrahatur obligatio ad eam ipſam præſtationem, quam vis nominum his contractibus inditorum indicat.

VI. Eſt altera ſpecies huius generis, ut dixi, in qua conventio de eadem re reddenda, neque nomine contractus ſignificatur, ubi conventio in aliud nomen non tranſit; neque etiam verbis exprimitur, ſed ex ſententia contrahentium ratione colligitur. Huius generis contractuum rurſum duo genera ſunt, datum ob cauſſam, cuius dati nulla cauſſa ſubeſt, & Precarium.

VII. Quod ob cauſſam datur, ſiquidem præteritam, tunc ſolum obligatio & repetitio dati naſcitur, cum indebitum tanquam debitum per errorem facti ſolutum eſt. Unde indebiti condictio. Obligatio ex contractu, quia ex tacita conventione, qua ex mente dantis & accipientis id agitur, ut quod tanquam debitum ſolvitur, ſi debitum non ſit, reddatur. *L. is, qui,* 13. *in fin. D. commod. L. ſi in area,* 33. *D. de cond. ind.* Caius ex quaſi contractu eſſe dici maluit. *L.* 5. *§. is quoque, D. de obl. & act.* quod & in *Inſtitutiones* translatum eſt. *§. pen. quib. mod. re contr. obl. §. item is, de obl. quæ quas. ex contr. naſc.* Quæ ſententia ab auctoribus hac ratione defenditur, quod qui exiſtimans ſe debere, ſolvit, omnino hoc animo eſt, ne repetat, atque adeo ut negotium diſtrahat potius, quam contrahat. Quorum utrum dicatur verius, & quam de eo certi aliquid ſtatui neceſſe ſit, in natura ſingulorum contractuum explicanda, cum ad hanc ſpeciem ventum erit, latius exponetur.

VIII. Quod ſi quid detur ob cauſſam futuram, nempe ut aliquid fiat, ſequatur; & hic quoque præter id, quod verbis exprimitur, tacite id agi intelligitur, ut cauſſa non ſecuta, datum reddatur. Atque hinc etiam dati repetitio. Ex contractu, quia ex conventione; & contractu eo, cuius, ut & ſuperioris, obligatio ex re tradita initium ſumat. Sed repetitio ex hac cauſſa cum hac diſtinctione, ut ſi quidem cauſſa adiecta honeſta ſit, regulariter hac non ſecuta, repetitio competat. Si inhoneſta, tunc demum ſit condictio, cum ſolius accipientis turpitudo verſabitur. Hæc ſtrictim ut pro eo, quod nunc agitur. Poſtea ſuo ordine omnia qualia ſint, in huius quoque generis natura explicanda, quod late patet, quantum ſatis eſt, dicetur. Quam late autem pateat hoc genus, intelligi poteſt ex eo quod ad id hæc pertinent, Condictio ob cauſſam dati, cauſſa non ſecuta; Condictio ſine cauſſa; Revocatio donationis cauſſa mortis; Item & ſimplicis donationis revocatio ex iis cauſſis, ex quibus donationem ob ingratitudinem donatarii revocari placet, ut ſuis locis oſtendemus.

IX. Et precarium eiuſdem generis contractus eſt; utpote tacitam conventionem in ſe habens, ut res data repoſcenti, cum videbitur, reſtituatur: conventionem, inquam, neque deſignatam nomine, & multo minus verbis expreſſam. Contractum eſſe indicat actio præſcriptis verbis de precario prodita. *L.* 2. *§.* 1. *D. de prec.* nam præſcriptis verbis actio non eſt, niſi ex contractibus. *L.* 3. *D. de præſcr. verb.* Contractum eum eſſe, qui re fiat, hinc apparet, quod in eo de eadem re reſtituenda agitur. Satis autem conſtat nullam eſſe reſtitutionem, niſi quæ obligationis ex re prius tradita initium acceperit. Conventio tacita reddendi ex fine dandi intelligitur, ſimiliter ut in commodato. Hoc intereſt, quod commodatum certum nomen eſt, quo conventio de re reddenda deſignatur. Precarium certi contractus nomen non eſſe vel hinc licet intelligere, quod ex eo veteres dant actionem præſcriptis verbis. Nunquam enim huic actioni locus eſt, niſi cum ii contractus exſiſtunt, quorum appellationes nullæ iure civili ſunt proditæ. *L.* 3. *D. de præſcr. verb.* Sed de his plura, ut res poſtulabit, in huius contractus natura.

CAP.

Digitized by Google

C A P. XIV.

De altero genere eorum contractuum, qui re fiunt: in quo ſunt hi, quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve eſt præſtetur aliud. Huius generis contractus pene omnes certos eſſe, quia traditione factove, & certa conventione conſtent. Hos alterutrum incertum habere, qui nihilominus ad hoc genus referri debeant; Pollicitationem dotis, Pollicitationem ſalarii; Iudicium acceptum; Iuſiurandum; Operas eorum, quibus extra ordinem actio ad petendum pro opera honorarium conſtituta eſt.

Alterum eſſe contractuum genus, in quibus pro eo quod datum factumve eſt, non idem ſed aliud omnino præſtetur. Quatuor iſtorum ſpecies, & quæ. I.

Eſſe tamen ex iſto genere contractus qui cum factum & conventionem coniunctim habeant, alterutrum habent obſcurum. Quinque iſtiuſmodi, & qui. II.

Conventionem apertam, ſed factum habent incertum. 1. dotis promiſſio. Quæ huius obligatio; & in quo poſita; & quæ inde naſcatur actio. III. IV.

2. Salarii pollicitatio. Et hæc ex facto procuratoris, ex pacto vires obtinet; & quæ detur iſto nomine actio. V.

Conventionem habent obſcuram, factumque manifeſtum 1. Obligatio iudicati; quale hic factum, & quæ tacita conventio. VI.

Quo ſenſu iudicati obligatio, & actio nuncupetur. Utraque ex contracta: reprobatur Accurſius. VII. VIII.

2. Obligatio iuriſiurandi. Cuiuſmodi hæc obligatio. Ex contractu naſcitur; ex eo prodita actio a Prætore; & qualis, & quare. IX.

3. Præſtatio mercedis iure certis perſonis extra ordinem conſtituta. Obligatio hæc in perſonam; & ex contractu, ſeu ex conventione & negotio geſto. Hoc quale ſit, explicatur. X.

Actio ex iſto negotii genere non ordinaria, & in factum; ſed ipſa extra ordinem prodita tribus de cauſſis; & quæ illa. XI.

I. EST igitur primum hoc genus eorum contractuum, qui re fiunt, in quibus id agitur, ut idem reddatur. Alterum genus diximus eſſe eorum, in quibus id agitur, ut pro eo, quod datum factumve eſt, præſtetur aliud. Quod genus maxima ex parte totum patet. Non ſolum enim hic res aperte traditur, aut fit; ſed etiam conventio de alia re præſtanda exprimitur. Id ſpecies indicabunt, quæ ſunt quatuor. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias. De quibus ex profeſſo agitur in *L. naturalis 5. D. de præſcr. verb.* Unde exempla, ut & ex reliquo eo titulo ſumere licebit. Et hæc, ut dixi, in maxima parte huius generis ita ſe habent.

II. Sunt tamen ſpecies quædam ex hoc genere, quæ cum factum habeant & conventionem ſuperiorem, alterum tamen habent obſcurum, aut factum, aut conventionem. Quæ ideo ſpecies præcipue nobis animadvertendæ ſunt, ne ignotæ nos fallant; & cum pariant obligationem ex contractu, tamen in diviſione obligationum a Iuſtiniano tradita ſibi locum non inveniant. Hæ autem ſpecies ſunt quinque, Dotis promiſſio; Salarii pollicitatio in procuratorem emiſſa; Iudicium; Iuſiurandum; Operæ eorum, quibus extra ordinem ſalaria conſtituta ſunt iure pro opera privata. Ex his omnibus cauſſis obligationem naſci conſtat. De promiſſione & pollicitatione dotis cautum in *L. ad exactionem, C. de dot. promiſ.* De ſalarii pollicitatione traditum in *L. ſalarium, 7. L. qui mutuum, §. ſalarium, D. mand.* Obligatio iudicati diſerte ſtatuitur in *L. 3, §. idem ſcribit. de pecul.* Obligatio iuriſiurandi diſerte in *L. 5. §. 1. D. eod.* De actione ob operas ſuperiorum eſt in *L. 1. D. de extraord. cognit.* Quæ cauſſæ cum ſint obligationum, ſi recta eſt, & iuſta diviſio apud Iuſtinianum ut dicatur naſci omnis obligatio ex contractu, aut quaſi contractu, maleficio, aut quaſi maleficio; neceſſe eſt omnem iſtam ſuperiorum cauſſarum obligationem ad unum aliquod genus

nus ex his referri. Atqui ita reperietur, nullam harum obligationum aliunde naſci, quam ex ea cauſſa, de qua agimus. Non eſſe ex maleficio, aut quaſi maleficio, facta oſtendunt. Sed nec ex quaſi contractu eſſe dixerimus. Qui enim dicitur quaſi contractus, duorum conſenſum non habet. In ſuperioribus autem cauſſis res geritur duorum conſenſu. Ita fit, ut ſit obligatio ex contractu. Et eſt omnino. Naſcitur enim ex conventione vel expreſſa, vel tacita, ut poſtea patebit. Huic conventioni obligatio accedens contractum facit, vel potius contractum indicat. Conſtat non eſſe ſtipulationem, non literarum obligationem. Proponimus enim rem ſine ſtipulatione & ſine literis geſſam. Quid? an erit obligatio ex conſenſu ſolo? Ne hoc quidem. Nam in his omnibus unus facit, ut ab altero accipiat. Relinquitur igitur ut in his obligatio re contrahatur. Et ita ſe res habet.

III. Solum in contrahendo hoc intereſt, quod priores quidem cauſſæ duæ conventionem apertam habent; ſed factum, quod præcedere debeat, unde & obligatio naſcatur, habent incertum. Poſteriores autem tres contra, factum certum oſtendunt: ſed quæ habeant incertam conventionem. Quod quomodo in his accidat, paucis doceamus. Sunt ergo priores illæ, duæ, dotis promiſſio, & ſalarii pollicitatio. De dotis promiſſione ius conſtitutum eſt, ſolam promiſſionem dotis, qua quis quamvis maxime extraneus dotem promiſit marito ſine ulla ſtipulatione, ſufficere ad obligationem & exactionem dotis. *L. ad exactionem, Cod. de dot. prom.* Hic prima ratione cauſſa obligationis certa, cauſſa conventionis confirmandæ incerta. Statim enim huic conſtitutioni occurritur ex regula iuris, ex pacto nudo obligationem & actionem non naſci. *L. iuris gentium*, *§. ſed cum nulla*, *§. quinimo*, *D. de pact. L. legem. C. eod.* Quid ergo, ſi quis dicat, id receptum in dote favore dotis; cuius cauſſam præcipuam eſſe conſtat? *L. 1. D. ſolut. matr.* Sed nihil neceſſe eſt confugere ad hanc defenſionem incertam, & quam nuſquam reddi legimus a iuris auctoribus. Una & certa defenſio hæc eſt, pactum hic [1] nudum non eſſe ad dotis exactionem, ſed priuſquam poſſit inde maritus dotem petere, eum facere debere, ut dotem accipiat, idque ipſum convenire in dote promittenda. Factum hoc eſt, quod maritus prius uxorem ducit, ut dotem accipiat; ſic deinde dotem petit, nec ante poteſt petere. Ineſque huius facti conditio atque conventio in verbo dotis promiſſæ. Nam dos ſine matrimonio eſſe non poteſt. *L. 3. D. de iur. dot.* Ideo dos ſimpliciter promiſſa intelligitur promitti hac conditione, ſi nuptiæ ſequantur. *L. ſtipulationem, 21. D. de iur. dot.* Et, quod propius ad id, de quo agitur, accedit: videtur promitti ob cauſſam, quaſi quæ datur, videatur ob hanc cauſſam dari, ut matrimonium ſequatur. *L. ſi extraneus. D. de cond. cau. dat.* Ex quo apparet, ſi maritus poſtea matrimonium contrahat, ut conditionem & cauſſam impleat; eum facere ex conventione, ut ſibi dos detur. Ac iam licere ei dicere, feci, id eſt matrimonium contraxi, ut dares dotem, quam es pollicitus. Quod plane ad illud genus pertinet, cum facio, ut des.

IV. Sed ex hac ſpecie & obligatione fortaſſe non ſit actio præſcriptis verbis, ſed actio dotis cautæ, quæ olim ex dictione dotis competebat; aut si quid tutius volumus, condictio ex lege. *L. 1. D. de cond. ex leg.* Iuſtinianus videri poteſt dediſſe actionem [2] ex ſtipulatu, etiam tunc cum nulla ſtipulatio intervenit; qualem ſcilicet actionem induxit ad dotem repetendam ſoluto matrimonio pro vetere rei uxoriæ actione. Nam is in *L. unica, §. 1. C. de rei uxor. act.* generaliter iubet omnes dotes per ex ſtipulatu actionem exigi: & actionem hanc interpretari videtur poſtea, ſive uxor dotem datam repetat, ſive maritus petat ſibi promiſſam. Quod facit eadem *L. §. & ut plenius, ſeq.* Utcunque eſt, certe, quod meminerim, nuſquam hoc nomine actionem præſcriptis verbis dari legimus. Quod si admittimus, recte defendi poteſt ideo factum eſſe, quia maritus non contrahit matrimonium principaliter, ut dotem accipiat,

1) Ita & noſter ad *L. 10. C. de pact. n. 16.* Atqui vocatur nuda *Rub. C. de dot. promiſſ.* Quin & hic pollicitatio efficax obligationi pariendæ, quæ contractus non eſt, quia nec conventio. Eſt igitur pacti legitimi ſpecies hæc promiſſio, ſi pacto fiat, non contractus, Forſt. *de Pact. C. 6. pag. 46. & ſeq.* Quia non hæc cauſſa eſt, *ſi nuptiæ ſequantur*, ſed conditio. Cauſſa enim, quæ ſubeſt in contractibus incertis, præcedit, aut in ipſa conventione intervenit. Ac in conditionali quoque contractu tempus interpoſitæ conventionis ſpectatur *L. 78. pr. de V. O.* Qui igitur dici poterit factum, hic præcedere aut intervenire in contractu. Quin novo iure lex fingit ſtipulationem interveniſſe. *d. L. un. pr. & §. 1.* Cumque fictionis eadem ſit, quæ veritatis operatio, erit actio & obligatio ex contractu ſtipulationis ficto. Ulp. *in Fragm. tit. 6. §. 1.* dotem aut dari aut dici aut promitti. Dicitur *nudo* pacto. Promittitur ſtipulatione, Charon. *1. Veriſim. 1.* Ræv. *de Auct. Prud. C. 4.*

2) Quidam voluerunt fingi tantum ſtipulationem in repetitione dotis reſpectu uxoris, non in petitione reſpectu mariti. Quos refellit Andr. ab Exea *Tr. Pactorum P. 3. rubr. n. 401. & ſeq.* add. Loriot. *Tr. de Act. Axiom. 57.*

piat, ſed ut ſibi ſociam & conſortem vitæ adiunctam habeat ſecundum bonos mores, unde & honeſtam ſobolem procreet: ut non proprie, certe hoc primo fine inſpecto non ſit id negotium, quo faciat, ut promiſſor det dotem, de qua convenit. Verumtamen negari non poteſt eſſe hunc quoque finem ſaltem per acceſſionem marito propoſitum, ut matrimonium contrahendo cum reliquis commodis matrimonii una quoque accipiat ea, quæ matrimonii cauſſa illi conſtituta ſunt. In quo eſt dos illi eo nomine promiſſa.

V. Idem dicendum eſt de ſalarii 3) pollicitatione. Si dominus procuratori ſuo, qui negotia eius gratis gerenda ſuſceperat, promittat certum ſalarium nondum impleto mandato: tenetur eo nomine, etiam ex nudo pacto, & nuda pollicitatione. *L. ſalarium*, 7. *L. qui mutuam*, §. *ſalarium*, *D. mand. L. ſalarium*, *C. eod.* Hic rurſum ſtatim obloquitur eadem illa regula ſuperior, ex pacto nudo actionem non naſci. Quo loco reſpondeat fortaſſe aliquis, non mirum ſi ex hoc pacto naſcatur actio præter cætera, quia conſtat ex mandato naſci obligationem ſolo conſenſu. Huius autem ſalarii pollicitatio & obligatio ex mandati cauſſa proficiſci videtur. Sed hac defenſione in propoſito uti non licet. Hoc enim ſalarium procuratori ex mandati cauſſa deberi non poteſt. Aut enim erit eo nomine directa actio mandati, aut contraria. Directa domino, eidemque mandatori, non procuratori competit. Contraria quidem procuratori, ſed quæ non datur, niſi de eo, quod procuratori per cauſſam mandati abeſt, ut ſi negotia geſſiſſet ſine mandato. *L. ſi vero*, 12. §. *contrarium*, & ſeq. *D. mand. L.* 2. *D. de neg. geſt.* Non abeſt autem procuratori ſalarium a domino conſtitutum. Quid ergo eſt? Nempe hic certa defenſio eſt eadem illa, quæ ſupra. Non eſt hæc pollicitatio nuda, etſi videtur; ſed priuſquam ex ea agi poſſit, habet adiunctum factum procuratoris. Prius enim negotia domini gerit, ut ſalarium accipiat; hic deinde utiliter agit ex pacto, ut ſalarium conſequatur, non prius. Impleto autem mandato fecit, ut dominus daret id, de quo convenit. Idque ipſum ut fiat, continetur ſalarii verbo. Eſt enim ſalarium, merces operæ præſtitæ: ut proinde non ante ſalarium eſſe & promitti intelligatur, quam opera præſtita fuerit. Idem ſignificatur etiam verbo procuratoris, cui in propoſito tanquam procuratori ſalarium promittitur. Nam procurator eſt is, qui negotia aliena mandatu domini adminiſtrat. *L.* 1. *D. de procurat.* Quo fit, ut qui procuratori ut procuratori ſalarium promittit, intelligatur promittere ei, qui negotia ſua geret, ac propterea ob cauſſam, ut gerat ſcilicet, idque libentius & promptius. Ex quo rurſum intelligimus idem illud negotium hic geri, quod ſupra, cum facit procurator ex pacto, ut ſibi detur. Et tamen ex hac obligatione licet cum ſuperioribus generibus certis communi, non datur actio civilis præſcriptis verbis, ſed extraordinaria, quaſi præter ordinem & morem iuris receptum conſtituta. *L.* 1. in fin. *C. mand. L. ſalarium*, 7. *D. eod.* Id eo fit, quia proprie & principaliter procurator non exſequitur mandatum, ut ſalarium accipiat, ſed ut mandatum impleat. Id apparet ex eo, quod recepit ab initio mandatum gratuitum, alioqui nec mandatum eſſet. *L.* 1. in fin. *D. mand.* quod proinde & nullo poſtea ſalario conſtituto implere cogebatur. *L. ſi mandavero*, §. *ult. D. eod.* Sed ut principaliter id ſpectet procurator; tamen ſalario poſtea accedente, etiam novus hic finis illi proponitur ad mandatum obeundum, licet per conſequentiam, ut dum fidem implebit, etiam ſalarium eo nomine promiſſum accipiat. Qua parte obligatio ſalarii præſtandi aperte pertinet ad ſuperius illud genus, quod dixi.

VI. Reliquæ ſunt ſpecies tres, quæ e converſo in facto manifeſto obſcuram conventionem habent, obligatio iudicii, ſeu iudicati; obligatio iuriſiurandi; & præſtationes mercedis quibuſdam perſonis extra ordinem iure conſtitutæ. De obligatione iudicii diſerte ita ſcribit Ulpianus in *L.* 3. §. *idem ſcribit*, D. de pecul. *iudicio contrahi*. Iudicio ſic accipiendum eſt, iudicio accepto, vel potius iudicium accipiendo, & litis conteſtatione. Hic quidem factum videmus actoris iudicio experientis, petentiſque ſibi quid præſtari ab eo, cum quo agit. Ad quod etiam præſtandum obligatur reus, ſi convictus condemnatus fuerit. *L. negantes*, *C. de obl. & act.* unde & iudicati actio adverſus condemnatum. *L.* 4. §. 1. *L. miles*, §. *ult. D. de re iud.* Sed nondum ſatis, ut ex hoc facto ſit obligatio ex contractu, ut Ulpianus loquitur. Etiam conventione

opus

3) Neque hic contractus verus, quia & ex pollicitatione unius debetur; alias enim locatio potius operæ: aut ſi factum locationem non recipiat, aliquis contractuum incertorum celebratus. Obligatio igitur remuneratoria, per *L. 6. pr. Mand.* atque naturalis non civilis, quæ actionem parit a lege adiuta, ſed non ordinariam. Vid. huius *Cap. N.* 7. & *Lib.* 13. *&c.* C. 10. *N.* 5. 6. & 7.

opus eſt. Conſtat enim, quod ſæpe cogimur dicere, nullum contractum eſſe ſine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Et ubi in litis conteſtatione, aut ſuperiore omni actione conventio inter actorem & reum, ut reus iudicatus propter factum actoris, det aut faciat iudicatum? Fatendum eſt in litis conteſtatione non eſſe conventionem apertam: at eſt tacita. De qua ne dubitetur, pene diſerte exprimitur ex circumſtantiis negotii, & fine utrique ex litigatoribus propoſito. Nam actor apud magiſtratum petit a reo, ut det aut faciat, qnod ſibi deberi intendit. Reus apud magiſtratum iudicium ſuſcipiendo de ea re, aperte declarat ſe hoc ſentire, ac pene dicere, ſe paratum eſſe ſolvere, ſi condemnetur ſententia iudicis: ſed velle ſe etiam, ſi abſolvatur, liberum diſcedere, nec amplius quidquam a ſe peti. Quod & ipſum actor in ſe admittit, cum iudicium ſuſcipit: quoniam alterutrum ſemper venit in rem iudicatam, condemnatio vel abſolutio, *L.* 1. *D. de re iud.* In quo ineſt conventio non dubia inter utrumque interpoſita; ex qua prout eius conditio extiterit, ita aut reo exceptio competit, aut actori actio. Exceptio qnidem reo, ſi is abſolutus erit: actio autem actori, ſi reus erit condemnatus.

VII. Inde obligatio hinc nata recte dici poteſt, & vero proprie dici debet [4] obligatio iudicii accepti, quia iudicinm accipiendo interponitur. Sed tamen dicitur & obligatio iudicati in *d. L.* 3. *§. idem ſcribit, D. de pecul.* verum abuſive ideo, quia non aliter committitur ea conventio, quam ſi reus iudicatus, id eſt condemnatus erit. Hæc enim erat conditio conventionis, ut reus daret, ſi convictus & condemnatus eſſet. *d. L. negantes, C. de obligat. & act.* Ideo Ulpianus in *d. §. idem ſcribit*, hanc non abſolute vocat iudicati obligationem, ſed *velut iudicati obligationem*. Nam quod abſolute dicitur *actio iudicati*, quæ inde naſcitur, *L. miles, §. ult. D. de re iud.* hic iudicatum ad cauſſam actionis referri non debet, ſed ad rem, de qua agitur; ut intelligatur actio iudicati, non tam quæ naſcitur ex iudicato, quam quæ eſt de eo quod iudicatum eſt, ſeu de iudicato faciendo: ſimiliter ut in ſtipulatione iudicatum ſolvi. *Inſtit. de ſatiſd.* in princ. Quomodo etiam dictum eſſe apparet exceptionem rei iudicatæ. Cum autem tam aperte inſit iſta conventio in iudicio ſuſcipiendo & lite conteſtanda, apparet quam recte Ulpianus ſcripſerit in *d. §.* idem ſcribit, *iudicio contrahi*. Recte contrahi, non quaſi contrahi. Contractum enim eſſe oportet, ſi habet conventionem. Et ne dubitaremus Ulpianum hoc ipſum ſentire, non etiam contrahendi verbo quaſi contractum intelligere, ut fit aliquando, ut in *L. ex contractibus, D. de oblig. & act.* addidit, *iudicio contrahi, ſicut ſtipulatione.* Conſtat autem ſtipulationem vere contractum eſſe, ut quæ non perficiatur ſine conſenſu & conventione. *L. non ſolum, D. de obl. & act. L. inter,* 83. *§.* 1. *D. de verbor. obligat. L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.*

VIII. Ex quo intelligitur errare Accurſium, qui in eodem illo loco Ulpiani notat obligationem iudicati naſci ex quaſi contractu. Aperte adverſus manifeſta verba Ulpiani, & eam conventionem, quam dixi. Fortaſſe motus eſt eo, quod Ulpianus *ibidem* paulo poſt hanc obligationem vocat *velut iudicati obligationem*, quaſi proprie non ſit obligatio iudicati. Quo moveri non debemus. Vere enim non eſt iudicati obligatio, ut ante dixi; quia ex iudicato proprie non naſcitur, ſed magis ex conventione, quæ illam conditionem habuit. Sic enim committitur conventio conditionalis, cum eius conditio exſtitit. *§. ſub conditione, Inſtit. de verb. oblig.* Quod ſi ex iudicato naſceretur ea obligatio, tanto magis dicenda eſſet obligatio iudicati, idque abſolute, quia vere naſceretur ex iudicato. Dixit ergo *velut iudicati* obligationem, quia proprie ex iudicato non eſſet, ſed ex iudicio [5] accepto. Sed etſi dixiſſet Ulpianus ſpectandam eſſe velut iudicii accepti obligationem: tamen ne ſic quidem inde obligationem ex quaſi contractu eſſe colligeremus. Intelli-

4) Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 22. Litis conteſtationem eſſe quendam contractum, per *L.* 19. *de novat. L.* 83. §. 1. *de V. Obl. ibi. n.* 11. conſenſum eum non impediri quod hodie per interloeutionem ſolet pronunciari litem conteſtari oportere. Qui enim recuſat, obiectis exceptionibus, videtur ea conditione uti & tacite concedere: quod ſi illæ relevantes iudici non appareant, nolit litem fugere. Vid. idem *de Contr. ſtip. C.* 5. *n.* 76. *& ſeq.* Sed Briſſ. *Lib.* 2. *de Solut. tit. de Novat. pag.* 390. iudicio quaſi contrahi, non ſi iudicii origo, ſed ipſa iudicati obligatio ſpectetur; ut deinde non antiqua actione, ſed iudicati agatur & uſuræ debeantur, non ex priſtina obligatione, ſed ex iudicati cauſſa. Sane contractum hunc vere & proprie non eſſe conſtat ex *d. L.* 83. §. 1. *de Verb. Oblig.* Nam initium cuiuſque contractus liberum & ſpontaneum, hic autem neceſſarium. Contrahi autem dicitur d. *L.* 3. §. 11. largo modo, ut *L.* 20. *de iudic.*

5) Quærit Hortenſ. *ad L.* 29. *de Novat. pag.* 568. cur per litis conteſtationem dicatur contrahi, cum nova actio demum habeatur a re iudicata. Reſpondet: Totius litis, a conteſtatione ad rem iudicatam uſque, continuato animo rei ſuæ perſequendæ, unum tempus, unum contextum videri (ut in uſucapione.) Atque ita rem iudicatam videri; iam in continenti litis conteſtationis, a qua ſtatim mutatur natura actionis, & quæ temporalis, perpetuatur, morte rei peritura, ad heredes fieri tranſitoriam.

telligeremus enim illic particulam *velut* non eſſe improprietatis notam, ut fit, cum dicimus quaſi Servianam, quaſi contractum: ſed notare modum & cauſſam, ex qua illic adverſus patrem agitur. Dixerat enim Ulpianus, ſi filiusfamilias ex delicto ſuo conventus condemnatus fuerit, exinde poſſe agi de peculio cum patre ex ea cauſſa. Obſtabat, quod conſtitutum eſt, ex delictis filiorumfamilias patrem ullo modo convenirl non poſſe. §. *ult. Inſt. de noxal. act.* Ulpianus reſpondet, cum ex ea condemnatione adverſus patrem agitur, non agi velut ex obligatione delicti, ſed velut, id eſt tanquam, ex obligatione indicati. Hæc autem ex contractu, non ex delicto. Ubi manifeſtum eſt cauſſam & modum notari, quo nomine agitur, non improprietatem. Apparet igitur obligationem iudicati omnino ex hoc genere eſſe, cum facio, ut des, aut facias; id eſt iudicio tecum ago, ut iudicatum ſolvas; ut præſtes, quod peto, ſi condemnatus fueris.

IX. Eiuſdem generis eſt obligatio iuriſiurandi. Conſtat, ſi quis actor, deferente eo, cum quo agitur, iuraverit ſibi dari aut fieri quid oportere, iuranti actionem eſſe in factum adverſus eum qui detulit, ut præſtet id, de quo iuratum eſt, eamque actionem eſſe in perſonam proditam iure prætorio. §. *item ſi quis, Inſt de act. L. actori, C. de reb. cred.* Et quoniam in perſonam eſt, etiam illud conſtat eſſe adverſus eum qui obligatus eſt; quæ natura eſt actionum in perſonam. *L. actionum, D. de obl. & act.* Unde igitur hæc obligatio? Dicet aliquis, ex quaſi contractu, quia Ulpianus in *L.* 5. §. 1. *D. de pecul.* ita ſcribit, ſi filiusfamilias a quo quid petitur, iuſiurandum detulerit, & iuratum ſit, ita teneri eum, ut & adverſus patrem danda ſit de peculio actio, *quaſi contractum ſit*. Sed & hoc loco particula *quaſi* non improprietatis nota eſt, ſed cauſſam & titulum ſignificat, cur putet Ulpianus de peculio agi poſſe. Eſtque hæc ſententia: de peculio actio etiam in propoſito danda eſt, quia contractum eſt, ſeu eo nomine quod contractum eſt. Nam & idem Ulpianus in *L.* 3. §. *idem ſcribit*. idem argumentum tractans; ita ſcribit: quare etſi filiusfamilias quaſi defenſor alterius in cauſſa delicti condemnatus ſit, de peculio in patrem dabitur. Quaſi defenſorem condemnatum dicit, qui vere defenſor fuit: ſed quem vult intelligi condemnatum pro defenſore, ſeu hoc nomine, & ſub hac perſona, quod defenſor eſſet. Plane & iſto modo accipi oportet, cum ait, iureiurando a filiofamilias delato, teneri patrem de peculio, *quaſi contractum ſit*; ut ſit, teneri patrem ex hac cauſſa, atque hoc nomine quod contractum eſt. Et res ita habet: Obligatio iuriſiurandi vere eſt ex [6] contractu, non ex quaſi contractu. Eſt enim ex conventione, & quæ actio hinc datur, dicitur dari propter religionem & conventionem. In eamque ſententiam omnes iuris auctores conſentiunt. Atque adeo poſterior iſta Ulpiani eſt. *L. ſed etſi ſervus*, 25. *L. qui iuraſſe*, ſeq. in fin. *D. de iur.* Unde & iureiurando inter litigatores negotium transigi dicitur. *L. admonendi*. in fin. *D. eod.* tranſactio autem ex conſenſu. *L. non minorem*, *C. de tranſact.* Unde ergo iſta conventio inter deferentem iuſiurandum, & iurantem? Non eſt expreſſa: ſed ex eo, quod agitur in iureiurando, ſatis intelligitur. Iurat actor, ut ſibi detur, aut fiat, quod petit, & cuius nomine iurat. Defert reus iuſiurandum hac eadem mente, ut præſtet, quod ab actore petitur, ſi ille iuraverit, atque ita ab omni lite diſcedatur. Quæ manifeſta conventio eſt tranſigendi negotii cauſſa. Cumque hæc ſpecies ex conventione eſt; tum vero ne requiratur cauſſa, cur ex ea conventione detur actio, perſpicuum eſt non eſſe nudam pactionem, ut quis dicat ex pacto actionem dari non debuiſſe, vetante regula iuris, ſed negotium hic geri, pertinereque ſpeciem ad idem illud genus, cum facio ut des aut facias, id eſt iuro, te deferente, ea lege: ut des aut facias, quod peto. Et tamen quia hic tacita conventio eſt, de qua ex mente deferentis potuit dubitari, quaſi in deferendo iureiurando non id ſenſerit, ut vellet per id ab omni lite diſcedi: interpretatione iuris opus fuit, quæ hanc conventionem admitteret. Quod factum eſt a prætore, propoſita ex iureiurando actione. Unde cum eſſet actio prætoria, non civilis,

6) Cenſeri iureiurandum quaſi contractum, Bouſt. *in L.* 2. *de iureiur. n.* 24. Verum contractum non eſſe probat aperte §. 4. *I. de excep. iunct. L.* 27. §. 2. *de pact.* quia non tollit obligationem civilem ipſo iure; ſed tollit tantum naturalem, ſicuti & nudum pactum *L.* 95. §. 4 *de ſolut* cuius vim habet *L.* 35. §. 1. *de iureiur.* Et eſt actio ex iureiurando in factum *d. L.* 8. & prætoria, cum tamen iuſiurandum iuris prætorii non ſit. Facit *d. L.* 26. §. *ult.* in verbis *poteſt videri*. Sane hic quædam adeſt conventio, non autem quæ habeat negotium ſeu cauſſam. Vel ſi conventio de iureiurando fortaſſis contractus aut ei maxime affinis, non tamen ex ea datur actio, quæ ex iureiurando, ſed ex ipſo facto iurantis, quod eſt potius exſecutio & conſummatio præcedentis conventionis. Denique contractus falſi & ſimulati nulli ſunt. Iuſiurandum non item; ubi tantum quæritur, an iuratum ſit, vere an falſo nihil intereſt.

vilis, dicta eſt *in factum*, qualis dari ſolet, cum dedi, aut feci quid, ut viciſſim dares aut faceres. *L. prima, D. de præſcr. verb.* In factum tamen ſimpliciter, non præſcriptis verbis. *L. actori, Cod. de reb. cred.* quia hoc verbum poſterius uſurpari ſolet de actionibus in factum civilibus. *L. 2. L. 3. D. de præſcrip. verb.*

X. Ex eodem genere ſunt plane & præſtationes illæ extraordinariæ, quas dixi. Certæ ſunt perſonæ, quibus petitio mercedis iure tributa eſt pro opera ab ipſis præſtita, adverſus eos, quibus præſtita eſt, idque ſine aperta conventione. Tribuitur hoc profeſſoribus liberalium artium adverſus auditores, qui illorum doctrina uſi & inſtituti ſunt: medicis adverſus ægrotos, quos curarunt: obſtetricibus adverſus puerperas, quibus adfuerunt: Ludimagiſtris adverſus pueros & diſcipulos, eorum diſciplinæ commiſſos, vel in eos qui commiſerunt: item advocatis adverſus eos, quorum cauſſam egerunt. Eadem actio quanvis in opera optima & honeſtiſſima, tamen denegara Philoſophis, & Iuriſconſultis. Hæc in *L. 1.* pene tota. *D. de extr. cognit.* Omnem hanc perſecutionem mercedis pro opera ſupra ſcripta non eſſe actionem in rem certum eſt. Nihil enim iſti petunt ſuum. Non eſt autem in rem actio, niſi de eo, quod noſtrum eſt, quod & tanquam noſtrum petimus. *d. L. actionum, D. de obl. & act.* Ita etiam intelligimus actionem hic eſſe in perſonam adverſus eos, quos diximus. Proinde & adverſus obligatos. *d. L. actionum.* Unde ergo hæc obligatio, ut ad unum aliquod genus propoſitæ & receptæ obligationum diviſionis recte referatur. Conſtat non eſſe ex maleficio, aut quaſi maleficio. Ab iſtis enim potius beneficium ſummum aliis præſtatur. Sed nec ex quaſi contractu eſſe licet dicere. Nam ſi ex eo genere erit, non poſſit hoc factum niſi ad negotiorum alienorum adminiſtrationem referri, quia opera noſtra aliquid in rem alterius factum ſit. At hæc omnis adminiſtratio, ſi abeſt conventio mercedis, gratuita eſt. Quiſquis enim aliena negotia gerit, & maxime ſi ſine mandato, nullam actionem habet, niſi de eo, quod illi abeſt eo nomine de ſuo. *L. 2. D. de negot. geſt.* Nunc autem in ſuperioribus operis omnibus volumus eſſe petitionem mercedis. Aliunde igitur eſſe oportet, quam ex eo quaſi contractu, omninoque hic cogitationem mutuam de mercede danda accipiendaque ſubeſſe oportet. Quod ſi ita eſt, nihil reſtat, niſi ut obligatio ſit ex [7] contractu, quia ex conventione & negotio geſto. Et eſt ita omnino. Negotium eſt, quod ſuperiores perſonæ faciunt, ideſt, eam operam præſtant, quam diximus, ut ab iis qui opera uſi ſunt, accipiant dignam opera mercedem. Conventio in eo, quod qui opera utuntur, in eamdem legem & conditionem conſentiunt, ideſt, iſta ipſa mente & lege eam operam in ſe admittunt. Opera ſuperiorum manifeſta eſt. Conventio non eſt aperta: ſed intelligitur tamen ſatis, illinc ex inſtituto eorum, qui illas operas tractant; hinc autem ex ſtudio & voto eorum, qui utuntur. Nam & profeſſorum liberalium artium, & medicorum, & obſtetricum, & ludimagiſtrorum, & advocatorum, ita eſt inſtitutum vitæ, ut in his quæ profitentur, honeſtam quidem & laudabilem, non tamen gratuitam artem exerceant, ſed eam, ex qua faciant dignum operæ pretium ad vitam honeſte tranſigendam. Id experientia omnium temporum & nationum docet, nec indiget res probatione. Quid illi, qui ad iſtos accedunt, quo eorum opera pro inſtituto vitæ utantur? Non dubium eſt hos quoque ſic accedere, ut quorum operam expetant, eorum quoque conditionibus iſta opera uti velint: ſic fit, ut quemadmodum illi non dant operam gratis: ſic & horum ſit animus, ne gratis ſuſcipiant. Conſenſus igitur inter iſtos, illi ut mercedem accipiant pro opera: iſti ut dent, uti ad eos opera pervenit, quam & conſenſu mutuo accipiunt. Hic autem conſenſus conventio eſt. *L. 1. D. de pact.* Nihil nocet, quod non exprimitur, poſtquam placuit non minus tacitas conventiones valere, quam expreſſas. *L. 4. D. de pact.*

XI. Ex hoc tamen genere negotii non eſt ſupra ſcriptis perſonis actio conſtituta præſcriptis verbis civilis, aut in factum propria, id eſt ordinaria actio qualis eſſe ſolet in his negotiis, quæ manifeſtam conventionem habent, cum feci ut dares, aut faceres; ſed conſtituta extra ordinem, ſeu per-

7) Immo recte Weſ. *in Par. de extr. cognit. in pr.* Non ſiunt, inquit, ex ordinario iure pacti, obligationis, actionis, ſed citra conventionem & actionem ordinariam ex æquitate & privilegio proponuntur &c. Si verus contractus, vera hic & ordinaria actio, verus iudiciorum & cognitionis ordo. Quin nulla igitur hic quaſi naturalis obligatio ex beneficio, cui hic pleniorem vim leges tribuunt; Vid. *ſupra C. 2. not. 15.* Id probat clare *L. 1. pr. ſi menſ. fal. mod.* verbis: *Operam beneficii loco præberi, & id quod datur ei ad remunerandum dari; & inde honorarium appellari.* Quia videlicet quodam antidoto beneficium compenſatur, non de opera ſatisfit. Nec cum ſponte dant ex. gr. ægroti medico, accipit is ex contractu, (uti cum ex. gr. res vendita ſponte traditur) ſed mutua benevolentia utitur, cum ſciat ſe tanto plus præſtitiſſe. Vid. Fr. Pollet. *L. 2. Hiſt. fori C. 11.*

perſecutio extraordinaria. *L. 1. D. de extr. cognit.* Unde & quæ de his mercedibus exercentur cognitiones magiſtratus, dicuntur cognitiones extraordinariæ. Id fit tribus de cauſſis, in quibus ab ordine & more iuris recepto in his petitionibus receſſum eſt, & actio conſtituta extra, id eſt præter, eum ordinem & formam iuris uſitatam. Primum hic datur actio de mercede operæ, de qua tamen aperte nihil convenit. Singulare hoc beneficium iuris fuit, ut conventio de qua dubitari poterat, pro certa conventione acciperetur, & ita daretur actio, quaſi aperte contractum eſſet. Beneficii argumentum eſt, quod non omnibus qui operam præbuerunt aliis ſine conventione, eadem præſtatur actio; ſed ſupra ſcriptis tantum perſonis. Hoc ideo, quia iſtorum honeſta ac verecunda opera eſt, puderetque eos, qui profitentur eas artes, de [8] mercede certa ab initio convenire. Unde & illud recte viſum eſt ſic eorum pudori parcere, ut tamen ſine fraude eorum fieret, conſtituta nimirum his actione ſine alia aperta conventione. Secundum & illud ſingulare. Nam de omni pactione ex qua præſtari pecunia debet, generaliter receptum eſt inutilem eſſe conventionem, non adiecta certa quantitate. *L. ita ſtipulatus, 115.* in princ. *D. de verbor. oblig.* In his autem cauſſis videmus nullam mercedem certam adiectam eſſe, & tamen actionem conſtitutam de mercede, quæ æſtimaretur officio iudicis de ea cognoſcentis. Neque tamen hic omnino incerta res eſt, quæ verſetur in obligatione, ut propter incertitudinem rei in obligationem deductæ repudiari actio debeat. Non enim tantum quid certum eſt per ſeſe, ſed etiam quod fit certum per aliam rem, ad quam refertur. *L. in ſententiis, D. de re iudic.* Ex quo placuit dotem a patre ſimpliciter promiſſam nulla certa demonſtrata vel re vel quantitate, nihilominus deberi: quia dotis quantitas ex appellatione dotis & certæ perſonæ, ad quam relata eſt, certitudinem accipiat. Eſt enim patris dare filiæ dotem, cuius modus pro facultatibus patris, & dignitate mariti conſtituitur. *L. capite, 19. D. de rit. nupt. L. cum poſt, 69. §. gener, D. de iur. dot.* Quo argumento & in his cauſſis tacito conſenſu conſtituitur merces, per ſe quidem incerta, quia nulla certa quantitas dicitur: ſed quæ fit certa, dum conſtituitur pro opera ſuperiorum perſonarum, & conditione eorum, quibus præbetur opera. Sic enim ex dignitate & quantitate operæ, ex præſtantia eorum qui præſtant, ex facultatibus eorum, qui opera uſi ſunt, tum ex conſuetudine publica, quæ in huiuſmodi rebus ſervatur, æſtimatio adhibetur, ut de advocatorum honorariis ſcriptum eſt in *d. L. 1. §. in honorariis, D. de extr. cognit.* Tertium ſingulare eſt, & præter veteris iuris ordinem in iure dicundo, quod cum in cæteris actionibus & petitionibus ita eſſet iuriſdictio iure Romano, ut magiſtratui liceret in ea cauſſa, in qua aditus erat, aut iudicare ipſe, aut iudicem dare, unde dicta iudicis dandi licentia eſſe iuriſdictio. *L. 3. D. de iuriſd.* in his petitionibus extraordinariis iam olim placuit, prætores ipſos Romæ, & præſides in provinciis de mercedibus ius dicere, ita ut cognoſcerent ipſi, & iudicarent *d. L. 1.* in princ. *§. ludi, §. ſed et ſi, de extr. cognit.* Quæ cum omnia ſint præter morem receptum & actionum & iudiciorum, non abs re eſſe apparet, quod dictæ ſint hæ cognitiones extra ordinem conſtitutæ, & extraordinariæ. Hactenus tamen ita dictæ & conſtitutæ, ut cum de cauſſa obligationis & actionis in his cauſſis quæritur, intelligi oporteat nihilominus eas ad diviſionem obligationum initio propoſitam pertinere. In ea autem hanc ſedem habere: eſſe enim hic contractum, ex quo ſit obligatio ſuperior: contractus genus eſſe, cum facio, ut des, id eſt operam in ſuperiore aliqua profeſſione præſto, ut mercedem accipiam.

8) Vendere enim operam, & pretio tanti beneficii auctoritatem elevare ſordidum, cum pleraque hoc ipſo vilia videri poſſint, quod pretio præſtantur. Hinc Hippocrates ſuos iureiurando obſtringi voluit ut artem ſuam facerent ἄνευ μισθοῦ καὶ συγγραφῆς, id eſt, ſine mercede & pactione, ſeu ſine mercede conventa. Perceptionem enim mercedis non vetuit ſed pactionem. Fr. Poller. *Lib. 2. Hiſt. fori C. 11.* Ubi & iuſtiſſimam hanc acquirendi rationem vocat ac ex labore honeſtiſſimo, cum & hæc ipſa opera cauſſas orandi &c. tempuſque alienis negociis datum facultatem aliter acquirendi recidant.

C A P. X V.

Nulla re ante præſtita, etiam verbis conventionem iure civili confirmari: & literis interdum: Unde obligatio, illinc quidem, quæ verborum; hinc autem, quæ literarum dicitur: Quibus verbis; quibus literis.

Tranſitio; ubi fuſior obligationum, quæ re contrahuntur habita tractatio difficultate rerum, atque utilitate excuſatur. I.
Sine re contrahitur obligatio verbis, & his quidem conceptis, & ad conſenſum exprimendum idoneis. Quæ ex his obligatio, & quomodo appellata. II.
Obligatio verborum, & aliarum obligationum vis & natura cur hactenus obiter expoſita. III.
Sine re & verbis obligatio contrahitur literis. Literarum obligatio qualis, & cur hic leviter indicata. IV.

I. IN quibus cauſſis re ad conventionem accedente confirmetur conventio, atque hinc re obligatio contrahatur, hactenus dictum ſit. Quod erat primum genus eorum contractuum, quibus non contrahitur obligatio ſolo conſenſu. In quo cum tam multæ ſint & variæ ſpecies, quam multas diximus, cauſſis & effectu longe diſſimiles, pleræque etiam eiuſmodi, quæ obſcuram obligationis cauſſam habeant, & tamen huc debeant referri; non mirum, ſi genus a me conſtitutum eſt paulo pluribus verbis. Neceſſe enim fuit ita facere, dum & ſpecies huius generis exponuntur, & ad ſuas quæque cauſas, ſuaque principia revocantur; ſitque hoc modo, ut certius ſtatuatur diviſio iuris de cauſſis obligationum, dum intelligimus has quoque ſpecies in ea diviſione ſuas ſedes & locum obtinere. Reliqua ſunt duo, quibus, ut eſt propoſitum, ad conventionem accedentibus confirmatur item conventio, verba, & literæ: unde reliqua genera duo obligationum, quæ non contrahuntur ſolo conſenſu, ut ſine re aut contrahatur obligatio verbis, aut literis.

II. Ut ergo re ad conventionem accedente, qualem rem ſupra diximus, contrahitur re obligatio; ita ſine re contrahitur verbis, cum ad conventionem verba acceſſerunt. Unde & obligatio, quæ dicitur verborum. Verba hic non intelligimus verba quælibet conſenſum de re aliqua præſtanda ſignificantia. Nam & verbis paciſcimur: neque tamen ex ſolo pacto obligatio naſcitur iure civili. *L. iuris gentium, §. ſed cum nulla, D. de pact.* Sed verba accipere debemus, verba concepta, ad certum, & meditatum conſenſum de re præſtanda exprimendum idonea, quæ & iure civili ad eam rem conſtituta, receptave ſunt. Ea eſt, quæ uno verbo dicitur ſtipulatio: definiturque hoc modo, ut ſit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet. *L. 5. §. ſtipulatio, D. de verb. obl.* Hinc obligatio, quæ dicitur verborum. De qua *Tit. in Inſt.* & *D. de verb. obl.* Quam ex ſuperiore conceptione, uno verbo ex ſtipulatione iure civili naſci, non eſt, quod pluribus oſtendere conemur, cum diſerte traditum ſit in *§. de conſtituta, Inſt. de action. L. 1. §. verbis, D. de obligat. & action. Inſtit. de verbor. obligat.* in princ.

III. Atque hoc ſatis ſit nobis hoc loco conſtituiſſe; ut genus notum ſit: quod unum nobis in præſentia in iuſtis & iure comprobatis conventionibus indicare propoſitum eſt. Ipſa ſtipulatio quibus rebus conſtet, & perficiatur, quid proprium eius obligatio habeat, non magis nunc quærimus, quam quid ſit, & quibus rebus perficiatur, quamque vim habeat emptio venditio, locatio conductio, & reliqui contractus, quos ſupra retulimus, tantum ob id, ut in his conventio iure ad obligationem comprobata intelligeretur. Alius eſt mihi conſtitutus locus, in quo poſtea omnibus his poſitis quæ contractum efficiant, de ſingulorum contractuum natura, & obligatione propria quæratur. Ubi & ſuo ordine, quæ ad ſtipulationem, & verborum obligationem pertineant, dicetur.

IV. Si & res ante præſtita, & verba, ſive ſtipulatio deſint, quæ ad conventionem confirmandam accedant; ſuperſunt ad extremum literæ, quæ interdum accedentes pariter conventionem confirmant. Unde & obligatio, quæ ex contractu, & tanquam ex literis nata, dicitur literarum, ut ſuperior ex verbis obligatio verborum. Literas hic vocamus omnem cautionem ſcripto comprehenſam mutuo conſenſu tra-

traditam creditori, qua quis profitetur ſe ab eo certam pecuniæ ſummam mutuam accepiſſe. Qua ex re ſic deinde eum poſt biennium obligari placet, ut quamvis non acceperit, quod ſe accepiſſe profeſſus eſt, tamen id omnimodo ſolvere cogatur: ſed certis conditionibus. Quæ cum ad naturam & vim huius contractus pertineant: ibi qnoque tum, cum ad eam partem venerimus, eodem cum cæteris contextu a me exponentur. Ubi & de genere obligationis, vi & poteſtate eius dicetur. Nunc cum conſtet & hoc genus obligationis certo iure receptum eſſe, traditum ex profeſſo in *Inſtitutionibus Tit. de liter. oblig.* ſatis ſit id quoque hoc loco indicaſſe; ut inſtituti ratio poſtulabat. Deinceps ad reliqua pergemus.

C A P. X V I.

Fines ſtipulationis & conventionis omnis legitimos duos hos eſſe: in ſtipulatore & acquiſituro, ut ſtipuletur & paciſcatur quiſque ſibi, non alii: In promittente, ut ſe promittat daturum facturumve, non alium. Adverſus hos fines interpoſitam conventionem omnem ad acquirendum alteri, aut obligandum alium eſſe inutilem: niſi ſi quid hic certis de cauſſis excipiatur. Et de priore genere in eo, qui ſtipuletur alteri. Cur hæc ſtipulatio, & qua ex parte inutilis.

Tranſitio, & methodi ſuperius propoſiti progreſſus & continuatio. I.
Finis omnium conventionum ſummus iſte; ut detur aliquid aut fiat. II.
Conſtat ideo dantis & facientis, itemque acquirentis, accipientiſve perſona. III.
Utrique ſive ſtipulanti ſive promittenti duæ ſummæ leges a iure impoſitæ; & quæ. IV.
Prior illa: ut quiſque ſibi recte ſtipuletur, & caveat; alteri ſtipulari aut cavere nullo iure liceat. Quæ utriuſque partis ratio. V. VI. VII. & ſeqq.
Contrariis occurritur. VII. VIII. IX. X.

I. ET ex quatnor rebus propoſitis, quibus omnem conventionem conſtare diximus, quæ eædem valeant ad confirmandam conventionem, pariendamque obligationem, nempe conſenſu, ſine conventionis, rebus promiſſis, perſonis contrahentium: hactenus de prima parte, ideſt de conſenſu diximus. In qua oſtendimus, quis conſenſus, quæve conventio iure comprobetur ad obligationem; & ſi explicatius dicendum eſt, quæ conventiones pariant obligationem ſolo conſenſu, quæ non pariant. Et quæ non pariunt, quibus rebus accedentibus id efficiant: tum quæ ſint res huius generis, & quot numero. Quibus cognitis cognita ſunt genera iuſtarum & legitimarum conventionum. Sed nihil prodeſt ad obligationem conventio quantunvis legitima, niſi reliqua tria ſuperiora accedant, qualia eo iure conſtituta eſſe oportet; finis conventionis legitimus; res promiſſæ ad commercia, & commutationes idoneæ; perſonæ contrahentium contrahendæ ſuſcipiendæque obligationis capaces. De quibus leges ſunt quædam communes iure receptæ: quæ cum pertineant ad omnes conventiones ſuperiores legitimas, de his etiam in commune dicemus.

II. Cum ergo propoſita erit aliqua conventio, quam conſtet a conſenſu eſſe legitimam, ut nunc legitimam vocamus, id eſt iure comprobari ad obligationem: proximum eſt ad vim eius, ut de fine conventionis cognoſcatur, quando hunc quoque legitimum eſſe oportet. Finis omnium conventionum ad obligationem communis hic unus eſt ſummus, ut quid detur aut fiat, ut in definitione contractus oſtendimus. Atque adeo in eo eſt obligatio omnis. *L.* 3. *D. de oblig. & act.* Sed præcipue contractus, quo id agitur, ut acquiratur nobis quod noſtra intereſt. Quod de ſtipulatione dictum in *L.* 2. in pr. *L. ſtipulatio iſta*, 38. §. *alteri*, *D. de verb. obl.* pertinet ad omnes contractus, quibus idem propoſitum eſt.

III. Hic finis duas perſonas continet, unam accipientis, acquirentiſve; alteram dantis aut facientis. Neceſſe eſt enim in omni datione & acquiſitione unum eſſe, cui detur aut fiat; alterum, qui det aut faciat.

IV.

IV. Quid in his finis legitimus concedat, ut recte cavere liceat, quæritur. Hæc autem quæſtio eſt, utrum is cui promittitur, conventione non tantum ſibi cavere poſſit, quo ſibi detur aut fiat, quod eum poſſe conſtat: ſed etiam conventione id agere, ut detur aut fiat alteri. Qui autem promittit, utrum non tantum promittere poſſit de ſe, nempe daturum ſe facturumve, quod item conſtat eum poſſe; ſed etiam poſſit aliud daturum, facturumve promittere. Et de eo hæ ſunt leges ſummæ iure traditæ: in eo quidem cui promittitur hæc, unumquemque ſtipulando & paciſcendo ſibi cavere poſſe; alteri non poſſe. In promiſſore autem hæc, unumquemque de ſe promittere debere; alium daturum facturumve fruſtra promittere. Quæ totidem ſunt partes huius finis legitimi, quem quærimus. Quæ ut perſonis & iure diſtinctæ ſunt; ita de his ſeparatim cognoſcendum, quid in ſingulis ius deneget, aut concedat.

V. Sit igitur prima hæc lex in eo, cui quid promittitur, & qui ſtudet id alicui acquirere, vel ſibi, vel alteri, ſive hunc ſtipulatorem, ſive creditorem uno verbo appellare libet: unumquemque recte ſtipulari ſibi, alteri [1] ſtipulari non poſſe. Definitio in ſtipulatione multis locis tradita. *d. L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. alteri*, *D. de verb. obl. §. ſi quis alii*, *§. alteri*, *Inſt. de inutil. ſtip.* Sed ne in ſtipulatione hic conſiſtamus, ſciamus hanc legem ad omnes contractus & conventiones pertinere. In quo hæc regula Pauli tenenda eſt: *Quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium obligationis ſumant, inanem actum noſtrum efficiunt. Et ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, poſſumus.* L. quæcumque gerimus, *D. de obl. & act.* Ergo cum dicitur alteri ſtipulari, aut cavere nos non poſſe: hoc dicitur ſi ſtipulati, aut pacti ſimus, inutilem eſſe ſtipulationem & pactionem. Pro quo aliis verbis dicitur nihil agi in *§. ſi quis alii*, *Inſt. de inut. ſtip.* Inutilem eſſe hanc ſtipulationem rurſum cum dicimus, hoc dicimus, inutilem eſſe omnibus, quorum cauſa comparata eſt. Proinde his duobus, & ſtipulanti, & ei alteri, in quem ſtipulatio eſt collata. Quod & verum eſt. Cuius utriuſque partis hæ rationes redduntur a veteribus, ut ſtipulanti quidem nulla inde quæratur actio, quia ſibi quæſitam noluit: ei autem cui ſtipulatus eſt, ideo nulla, quia ſtipulator alteri acquirere non potuit, cum ius prohibeat. Hæc in *L. multum* in fin. *C. ſi quis alt. vel ſibi*, *L. ſi genero*, *C. de iur. dot.*

VI. Prior ratio expedita eſt. Conſtat enim in omni contractu, quoniam non niſi conſenſu duorum perficitur, nihil valere, aut cuiquam acquiri poſſe ſine conſenſu. *L. 1. §. 1. D. de pact. L. non omnis*, *D. ſi cert. pet.* Non conſentit autem, ut ſibi quid detur aut fia, qu nominatim id dari aut fieri ſtipulatur alteri.

VII. Poſterior ratio non item eſt expedita. Scimus quidem regula iuris certi ita traditum, per liberam perſonam, quæ iuri noſtro ſubiecta non ſit, nec bona fide nobis ſerviat, obligationem nullam nobis acquiri poſſe. *L. ſi ita ſtipulatus*, 126. *§. Chryſogonus*, *D. de verb. obl. L. 1. C. per quas perſ. §. ex his*, *Inſt. eod. tit.* Sed videamus, ne huic ipſi iuri refragetur alia iuris conſtitutio longe æquiſſima, qua efficitur alienam conditionem deteriorem quidem facere nos non poſſe: at meliorem poſſe etiam ignorantis & inviti. *L. ſolvendo*, *D. de neg. geſt.* Quid ni igitur ex hac regula alteri ſtipulationem & actionem ſtipulando acquir-

rere

1) *L. 9. §. 4. de reb. cred. L. 11. §. pen. de pig. act.* Vaſq. 3. *uſu freq.* 58. *n.* 32. *L.* 73. *§. ult. de R. I.* ubi P. Fab. Idem eſt Iure Canonico. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 1. *&* 3. *&* Fachin. 3. *Contr.* 19. *per C. quanquam de Uſur. in* 6. ubi exigitur perſona publica, ut ſtipulatio alteri fiat; & diſcrimen nullibi expreſſum, & Iure quoque Canonico auditur exceptio: Tua non intereſt, *C. cum inter extra de elect.* Quid ſi ex pacto detur actio iure provinciali, num hæc ſtipulatio valebit? Affirmat Gomes. 2. *Reſol.* 11. *n.* 15. Parlador. 2. *Rer. quotid.* 3. *n.* 28. volentes, cum iure Hiſpanorum regio ex pacto detur actio, dari etiam ex hac ſtipulatione. Contra Vaſq. *Lib.* 3. *de Succeſſ. creat.* §. 30. *n.* 26. nec valere hanc ſtipulationem iure iſto, quia nec ſit pactum. Licet enim poſtea superveniat ratihabitio illius, cui ſtipulatio facta eſt, non tamen habetur tunc duorum conſenſus, ſed unius voluntas. Ex quibus non inconcinna ratio depromi poteſt, cur hæc ſtipulatio nihil valeat, quia conventionem in ſe non habet, cum hic conſenſus duorum in idem tempus, vid. *ſupra Cap.* 10. *N.* 5. *ſub. fin.* deſit, illorum videlicet amborum, inter quos debet conſiſtere obligatio. Unde & libentius illis acceſſerim, qui nec naturalem obligationem hinc oriri rentur, ut Donellus noſter, ad *L.* 38. §. 17. *N.* 9. *& ſeqq.* Giſan. *ad L.* 14. *de O. & A. n.* 22. Eman. Soarez. *in Annot. ad* Gome. 2. *Reſol.* 11. *lit. N.* Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 11. *n.* 2. *& Lib.* 3. *C.* 58. *n.* 32. ſeribens naturalem non oriri, vel, ſi oriatur, carere omnibus effectis a iure Civili accommodatis, & pluribus Lib. 3. *de ſucceſſ. creat.* §. 30. *n.* 6. *& ſeqq.* quanquam vix ſecum ipſe probe convenire videatur. Licet enim naturæ non inconveniens ſit, eum qui ſe obligare vult, teneri; tamen naturæ impedimentum obſtat, quod alter qui ſtipulatur non velit ſibi acquiri. Obligatio autem cum ſit ex genere relatorum, conſenſum requirit obligantis & obligati, quorum alter ſine altero conſiderari nequit. Nam & DD. fere, qui communiter diſſentiunt, naturalem obligationem tertio cui quis ſtipulatus eſt, non acquiri fatentur, ſed ſtipulanti, maxime ſi verba obligatoria in illius perſonam concepta ex. gr. Promittis mihi quod dabis Titio 100. vid. Io. Bapt. Caccial. *de Pact. Q.* 11. *n.* 4. *&* 5. Vaſq. *d. C.* 58. *n.* 2. add. Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 4.

Digitized by Google

rere liceat? Et certe hoc quoque iuris certi eſt, poſſe unumquemque alteri poſſeſſionem acquirere, & per poſſeſſionem dominium. *L.* 1. *C. per quas perſ.* §. *ex his*, *Inſt. eod. L. traditio*, §. *ult. D. de acq. rer. dom.* Quid cauſſæ eſt, cur non liceat ſtipulationem, & obligationem? Dices, ſtipulationem acquiri civiliter, poſſeſſionem autem naturaliter. De his autem acquiſitionibus aliud atque aliud placere, ut diſtinguuntur iſta in *L. ea quæ*, *D. de acq. rer. dom.* Nihil hoc ad defenſionem pertinet. Quinimmo hoc reſponſo petitur principium, ſumiturque pro ratione Id, quod erat in quæſtione. Hoc enim ipſum quæritur, ſitne hoc per omnia conſtitutum iure civili; aut ſi conſtitutum eſt, quam recte ſit conſtitutum. Nos vero non tantum rationem naturalem hic opponimus, ſed etiam civilem, probamuſque iure quoque civili hoc effici, ut & ſtipulatio alteri poſſit acquiri; quia ita ſcriptum ſit in *d. L. ſolvendo*, *D. de neg. geſt.* naturalem ſimul & civilem rationem ſuadere, alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inviti facere nos poſſe.

VIII. Sed nihil hæc ſententia ſuperiori iuri adverſatur, quo vetamus alteri acquiri obligationem. Nam quæ meliorem alterius conditionem facere permittit, eadem facere deteriorem prohibet. Quæ res facit, ut ſi in eodem negotio utrumque horum concurrat, ut unius conditionem faciamus meliorem, alterius deteriorem, inutile ſit quod geritur; ne ſi id volumus valere, faciamus contra legem, quæ deteriorem alterius conditionem facere nos vetat. At hoc accidit in omni obligatione, quam alteri quæſitam volumus. Nam ſi ei iſto modo acquirimus; facimus quidem huius conditionem meliorem: ſed facimus promiſſoris deteriorem, dum eum neceſſitate dandi faciendive oneramus. Hoc vero ſuperiore conſtitutione tum naturæ, tum civili non licet. Quod ſi ita eſt; uſque adeo hæc lex non facit, ut alteri obligationem conventione noſtra acquirere poſſimus; ut potius quod placet eam alteri acquirere nos non poſſe, videri debeat ex ſuperiore lege eſſe expreſſum. Hoc periculum cum non verſetur in poſſeſſione alteri acquirenda, & rebus quibuſdam ſimilibus: ſciamus id cauſſæ eſſe, cur eas res acquirere poſſimus alteri; obligationem non poſſimus. De quo plura in commentariis ad §. *alteri*, *L. ſtipulatio iſta*, 38. *de verbor. obligat.*

IX. Cur ergo unumquemque ſtipulatione obligare poſſumus, atque hoc modo eum onerare, dum nobis ſtipulemur? Quia lex ſuperior hac exceptione temperata eſt, niſi nobis acquireremus. Quod ſane neceſſe fuit facere receptis ſemel commerciis & contractibus, quibus hæc vita carere non poteſt, quæ ideo & iure gentium recepta ſunt. *L. ex hoc iure*, *D. de iuſt. & iur.* Nulla enim poteſt ex his eſſe præſtatio aut acquiſitio, quam ab invito exigere poſſumus, niſi promiſſor ad eam præſtationem ex contractu obligetur. Recepti ſunt autem atque adeo inventi contractus omnes, ut quiſque ſibi acquirat, quod ſua intereſt. *L. ſtipulatio*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Quapropter & illud fuit conſequens, ut dum id ſtipulatione nobis acquiritur, in eam rem & promiſſor nobis obligaretur.

X. At cur non potius dicimus inventos eſſe contractus, ut acquiramus non tantum nobis, quod noſtra; ſed etiam alteri, quod eius intereſt; ut ex eo colligamus etiam alteri obligationem conventione noſtra quæri poſſe? Et Ulpianus in *d.* §. *alteri*, ſcribit inventas eſſe ſtipulationes, ut unuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt; ſignificans ad hoc ſolum eſſe inventas. Ex quo etiam colligit, alteri nos ſtipulari non poſſe; quia alteri dari, inquit, nihil noſtra intereſt. Hoc quæritur, cur ad hoc ſolum ſint inventæ ſtipulationes & contractus omnes, ut acquirat ſibi quiſque, quod intereſt ſua; non etiam ut acquirat alteri, quod eius intereſt. Nempe ideo, quod cum in altero obligando & hactenus onerando nonnihil recedatur a ſuperiore regula naturæ, quæ vetat alterius conditionem deteriorem facere: curandum fuit, ne ſine iuſta cauſſa id cuiquam concederetur. Etſi enim de iure recepto nihil facile mutandum eſt; tamen ubi evidens æquitas poſcit, id faciendum eſſe convenit. *L. etſi. D. de regul. iur.* Sed ſolum ubi res, & æquitas id poſtulant. At nulla iuſta cauſſa eſt, cur concedatur cuiquam alium obligare quo det alteri, ubi alium oneret ſine ullo commodo ſuo. Alium autem ſibi obligare, quo quis ſibi acquirat, eiuſmodi eſt ut cuique concedere non modo ſit humanum, ſed etiam neceſſe ad vitam tuendam; ſine quo & vita hæc, ac convictus hominum inter iſtos ſtare non poteſt.

CAP.

Digitized by Google

C A P. XVII.

Quod dicitur, Alteri ſtipulari neminem poſſe; quas habeat ſive cautiones ſive exceptiones, cum in perſona ſtipulantis, tum in perſona eius, in quem ſtipulatio collata eſt.

Rernm nexus & ordo. I.
Stipulatio alteri facta valet, ſi ſtipnlantis interſit. II.
Duo ſtipulantium genera, quorum interſit qnid alteri dari. III.
Patris & domiui ſtipulantium filio vel ſervo. IV.
Qnibns in cauſis patris ſtipulatio ſit inutilis. V.
Item extranei ſtipnlantis alteri quod ſtipulans illi debet; aut viciſſim ab illo ſtipulanti debetnr. VI.
Iu id quod noſtra interſit quocnnque modo, actio qnæritur uobis ex ſtipulatu. VII.
Stipulatio facta alteri interdnm & illi ntilis cui ſtipulamur, recta ant obliqua via: uterque modns qui. VIII.
Recta ſtipulamur alteri ntiliter, nou cuicunque tamen: ſed certis dumtaxat perſonis; & bis quare. Tria eorum genera, & qnæ. IX.
1. *Pater & domiuns. His recte & utiliter ſtipnlautnr filiifamilias, & ſervi ex omni cauſa. Qui loco ſervorum ſuut, duobns tantum ex cauſis, & quibus.* X.
2. *Heres recte quiſqne heredi paciſcendo cavet, qnod qnis, adiecta perſona ſna, ſibi heredique ſuo ſtipulatnr, & qnare.* XI.
Qniu etiam & qnod heredi non ſibi ſtipnlatur, valet; & qua de cauſa. XII.
Quid ſi uni ex pluribus heredibns caverit ſtipnlando defunctus: qua diſtinctione res temperanda & definienda. XIII. XIV.
3. *Civitas, pupillns, adoleſcens, miles. His utilem actionem ſtipulando quæruut actor, ſeu ſindicus, tutor, curator; & pnpillo magiſtratus interdum; militi procurator: & quomodo.* XV. XVI.
Nulli alteri, præter tria illa perſonarum geuera, actiouem quis ſtipulaudo ſeu directam, ſeu utilem acquirit. XVII.
Obliqua via quis alteri obligationem & actionem ſtipnlaudo quærit ant in cauſa mutui, aut in aliis cauſis. XVIII.
Quomodo ex mntui canſa. XIX.
Quomodo ex aliis cauſis. XX.
Quærnut alteri iſto nomine Procurator, & extraneus: ſed diverſo modo; & quo. Quæ in utrogne differentiæ canſa & ratio. XXI. XXII. XXIII.

I. CONſtituta eſt igitur ſatis lex ſuperior, alteri ſtipulari, aut paciſci non licere. Et quidem in utramque partem, ut ſi quis ſtipulatus ſit, inutilis ſit ſtipulatio pariter & ſtipulanti, & ei in quem ſtipulatio collata eſt. Sed habet utraque pars ſuas quaſdam exceptiones, vel verius cautiones, quibus efficitur, ut dum quis verbis ſtipulatur alteri, re autem ipſa intelligitur ſtipulari ſibi, utilis ſit ſtipulatio, alias ſtipulanti, alias ei alteri, cui ſtipulamur. Itaque quid hic in utriuſque perſona iuris ſit, ordine dicemus.

II. Et de ſtipulatore ſic habendum. Quod dicitur dum quis ſtipulatur alii dari, inutilem eſſe ſtipulanti ſtipulationem, ſic accipiendum eſt, ſi ſtipulantis nihil interſit alteri dari. Quod ſi interſit eius dari ei, cui ſtipulatus eſt, placet ſtipulationem valere, quo ſcilicet hactenus acquiratur ſtipulanti obligatio & actio, quatenus [1] eius intereſt. *d. L. ſtipulatio iſta*, §. *ſi ſtipuler*, & deinceps, *D. de verb. oblig.* §. *ſed & ſi quis*, *Inſtit. de inutil. ſtipul.* Neque id præter regulam, ne quis hic vere exceptionem eſſe exiſtimet: ſed maxime ex regula: quoniam qui ita ſtipulatur alteri, ut eius interſit alteri dari, vere hunc dixeris ſtipulari ſibi, non alteri: quippe qui ſtipuletur non alterius commodo, ſed ſuo. Denique cum velit conventione ſibi acquirere id, cuius cauſſa ſtipulationes omnes inventæ ſunt, puta id quod intereſt.

III.

1) Convaleſcere quoque ſtipulationem, etſi poſtea intereſſe cœperit, communius placet. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 31. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 132. De quo aliquis non abs re dubitaverit. Vid. *N.* 6.

III. Eorum, quorum intereſt alteri dari, duo ſunt genera. Unum eorum, qui ſtipulantur iis, quos in poteſtate habent: alterum extraneorum, qui & ipſi ſtipulantur extraneo. In poteſtate dominorum ſunt ſervi, in poteſtate patrum ſunt filii, niſi ſuis modis de poteſtate exierint.

IV. Quod dominus ſervo, pater filio quem in poteſtate babet, ſtipulatur, ſibi acquirit. *L. dominus*, *D. de verbor. obligat.* Non alia id quidem de cauſſa, quam quod intereſt domini ſervo dari, patris dari filio. Horum quidem intereſſe hæc ita fieri certum eſt. Servo enim datum, ſtatim acquiritur domino. *§. item vobis*, *Inſt. per quas perſ. nobis acquir.* Datum filio ſtatim ad patrem redit, ubi a patris ſtipulatione ſola profectum eſt. *§. 1. Inſtitut. eod.* Sed an iſta de cauſſa, non alia in propoſito ſibi acquirat dominus ſtipulando ſervo; pater ſtipulando filio, dubitari poteſt. Nos dicimus, non alia. Id ita eſſe ex eo intelligemus, quod ſi quid pater ita ſtipuletur filio, ut id in perſona filii conſiſtat, nec redeat ad patrem, placet inutilem eſſe ſtipulationem, & filio, cui per patrem acquiri nihil poteſt, & patri, cuius nihil intereſt datum aut factum eſſe filio.

V. Duabus de cauſſis accidit, ut quod pater filio ſtipulatur, ad patrem non redeat, totidemque de cauſſis, ut patris ſtipulatio in huiuſmodi rebus ſit inutilis. Una, ſi ſtipuletur filio, quod conferatur ſolum [2] in filii perſonam: ut ſi ſtipuletur ei agere licere, ſi ſtipuletur ei fundi Corneliani uſumfructum. Quam ob cauſſam & ſtipulationem eſſe inutilem traditur in *L. quod dicitur*, 86. *D. de verb. obl.* Altera, ſi quid pater ſtipuletur filio, quod leges volunt eſſe filii, patri acquiri non permittunt. Veluti, ſi quid ſtipuletur præſtari filio, quod ad cauſſam peculii caſtrenſis, aut ad proprietatem peculii adventicii pertineat. Et in hac cauſſa patrem ſibi non acquirere indicatur in *d. L. dominus*, 39. *de verb. obl.*

VI. Alterum genus eorum, quorum intereſt alteri dari aut fieri, diximus eſſe extraneorum ſtipulantium extraneo. Etiam horum ut interſit dari fieri extraneo, ſæpe accidit. Fit autem in ſumma duobus modis. Uno, ſi quid ſtipulemur alteri dari vel fieri, ad quod dandum aut faciendum illi alteri prius nos obligati eramus. Altero e converſo, ſi ſtipulemur alteri id, ad quod nobis reddendum alter ille prius nobis obligatus erat.

VII. Inde etiam totidem modis evenire placet, ut nobis ex huiuſmodi ſtipulationibus actio acquiratur, in id quod noſtra intereſt. Exempla ſuppeditabunt *L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. ſi ſtipuler*, & deinceps uſque ad finem. *L. item*, *§. ſed & ſi quis*, *Inſt. de inut. ſtip.* quibus in locis cum varia exempla proponantur, quorum ratio non ſtatim omnibus occurrit, ita omnia expediemus facillime, ſi in omnibus nobis proponemus eam rationem iuris, quam dixi: in qua etiam omnia ad eam ſummam generum, quæ dixi, referri reperiemus.

VIII. Hæc de ſtipulatore, qui ſtipulatus eſt alteri. Altera pars inutilis huius ſtipulationis pertinet ad eum, in quem ſtipulatio & pactio collata eſt. Hanc quoque dicebamus, & præcipue, inutilem eſſe ſtipulationem, huic ex ſtipulatione & cautione ulla noſtra obligationem actionemve acquiri non poſſe. Non eſt hoc perpetuum. Interdum alii ſtipulantes paciſcenteſve illi actionem ſuo nomine acquirimus. Fit hoc dupliciter. Alias recta; nonnunquam obliqua via. Recta, cum ſtipulantes paciſcenteſve recta illi dari aut fieri, ipſa hac cautione noſtra illi acquirimus, quo ille ſuo nomine agat. Obliqua via, cum prius facimus aliquid, quod per ius commune omnibus licet facere, ex quo deinde per conſequentias illi actio acquiritur, cui cautum voluimus.

IX. Recta ſtipulantibus nobis alteri, certæ ſunt perſonæ, quibus ex ea ſtipulatione obligatio & actio ſuo nomine acquiratur,

2) A Fab. 33. *Err. Prag.* 9. *pag.* 442. Valet hæc ſtipulatio pactumve in perſona patris perinde ac ſi ſibi ſtipulatus *d. L.* 39. *L.* 56. §. 2. *de V. O.* Non in perſona filii, ut illi commodum vel actio quæratur, ne quidem patre mortuo, & ne quidem ſi pater contulerit ſtipulationem in tempus quo ipſe erit mortuus, ut in ſpecie *L.* 23. *de pact. dotal.* Ut nec tunc actionem habeant, niſi heredes ſint. Quo caſu eam & extraneus iure hereditario haberet: quia quiſquis ſibi ſtipulatur vel paciſcitur, intelligitur etiam heredibus. *L. 9. de Probat.* Ibid. refellit DD. quærentes, an ſi pater ſibi & filiis ſtipuletur, acquiratur his obligatio ut filiis, pro viribus, an ut heredibus, pro hereditariis portionibus, ſi inæqualiter forte inſtituti, quia non licet ſtipulari filiis ita ut ſtipulatio conſiſtat in eorum perſona. Rectius autem Faber hoc loco, quam ad *L.* 21. §. 2. *de pact.* in verb. *ne a Titio petat*, ubi diſcrimen inter pacta & ſtipulationes quo ad hoc agnoſcit, quia ſtipulationes contineant iuris vinculum, pacta non niſi voluntatis. Et quia in pactis filii perſona non habeatur pro patris perſona, ut in ſtipulatione, cum in iis quæ facti ſunt, fictioni locus non ſit, ut & Hot. *ad d. L.* 21. §. 2. quia pacta, inquit, ſpectantur naturaliter, ſtipulatio civiliter. Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 23. *de pact. dotal.* ita: Aut factum confertur in perſonam filii, ut iniere, ire, agere licere, & nec patri eſt actio, ut ſibi facere liceat, cum facere filium voluerit, id cuius rei capax eſt. Nec filio: quia ſi illi, eſſet & patri, ideoque nihil agitur *d. L.* 130. Aut ius, ut ſi pater ſtipuletur filio dari, & patri actio eſt perinde ac ſibi ſtipulatus eſſet. Item ſi ius poſſeſſionis conferatur in perſonam filii, ut filio tradi, reſtitui, &c. Sed hæc ita ſi ſimpliciter ſtipulatus eſt filio. Nam ſi poſt mortem vel emancipationem filio actio eſt; non directa, quia initio in eius perſona non conſiſtit, ſed utilis *L.* 45. §. 2. *de V. O.* item ſi ex cauſſa qua filio acquiri poteſt, videlicet caſtrenſis peculii.

tur, atque hactenus non aliter utilis ſit ſtipulatio, quam ſi nobis ipſis ſtipulati eſſemus. Idemque in aliis omnibus pactionibus intelligendum eſt. Receptum hoc eſt in iis perſonis, quæ natura quidem ſunt aliæ, ut dum his ſtipulamur, vere dicturi ſimus nos natura ſtipulari alteri; iure autem eadem nobiſcum perſona habentur: ut in his ſecundum verba definitionis propoſitæ, quæ alteri ſtipulari vetat, dici poſſit excipi eas perſonas a regula iuris: re autem vera & regulæ ſententia magis in his ſit interpretatio regulæ, qua declaretur has perſonas ad regulam pertinere, dum his ſtipulantes, nobis ipſis ſtipulari videmur. Earum perſonarum tria ſunt genera, totidemque eorum, quibus recta ſtipulando vel paciſcendo actionem acquirimus. Primum genus eſt eorum, quorum in poteſtate ſumus. Secundum heredum, & univerſi iuris ſucceſſorum. Tertium eorum, quorum in rebus adminiſtrationem, poteſtatemve aliquid gerendi iure commiſſam habemus.

X. Primi generis ſunt, ut dixi, ii quorum in poteſtate ſumus: cuius generis ſervi, & filiifamilias: illi in poteſtate domini; hi in poteſtate patris. De his certi iuris conſtitutio hæc eſt; quod ſervus domino, filius 3 patri cuius in poteſtate eſt, ſtipulatur, utiliter ſtipulari, ut acquiratur ſtipulatio & actio domino & patri non aliter, quam ſi dominus paterve ipſi ſibi ſtipulati eſſent. *d. L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. alteri*, *L. quodcumque*, 45. in pr. *D. de verb. obl.* *§. ſi quis alii*, *§. alteri*, *Inſt. de inut. ſtip.* Id cauſſæ eſt, quod qui in aliena poteſtate ſunt, poteſtatis iure his, quorum ſunt in poteſtate, tam arcto vinculo iunguntur, ut cum iis in rerum acquiſitione eadem perſona eſſe videantur. Unde & horum vox, patris vel domini vox; & quod idem eſt, iidem ſtipulantes paciſcentesve patris vel domini voce loqui videri dicuntur. *§. ei vero*, *§. poſt mortem*, *Inſt. de inut. ſtip.* Cui congruit, quod dicitur in *d. L. quodcumque*, 45. *de verb. oblig.* quodcumque iſti ſtipulantur, perinde haberi, quaſi ipſi quorum in poteſtate ſunt, eſſent ſtipulati. Itaque nihil hic diſtinguimus in perſona filii, quid is ſtipuletur patri. Quodcumque id erit, id patri acquiret, non tantum ſi in dando ſit, ſed etiam in faciendo, veluti, ut patri ire agere liceat. Et quidem ita in faciendo, ut quominus in perſonam ſuam conferre factum non poſſit, nihilominus patri acquirat. *d. L. quodcumque L. quod dicitur* in fin. *de verb. obl.* Quapropter etſi quid ex peculii ſui caſtrenſis aut adventicii cauſſa ſtipuletur patri, ei acquiret. Et merito: Nam cum filius dominus ſit peculii caſtrenſis, ut de eo ſtatuere poſſit, ut velit: *Inſtit. quib. non eſt per. fac. teſt.* cum item ſit dominus peculii adventicii hactenus, ut proprietatem alienare poſſit, conſentiente patre. *L. ult. §. filiis autem*, *C. de bon. quæ lib.* poteſt hæc omnia patri donare. Ergo & patri hæc eadem ſtipulando acquirere, quia hæc ſtipulatio interponitur donandi cauſſa. Quod ſi interponetur ex alia cauſſa vel obligatione præcedente, tanto iuſtius patri inde acquiri debet actio. Si quid hic videatur contrarii ex *§. ei vero*, *Inſt. de inut. ſtip.* & *§. 1. Inſt. de ſtip. ſer.* huius interpretatio petetur ex commentariis ad *d. §. alteri*, *L. ſtipulatio iſta*. Eadem illa ratio facit, ut quanvis, vetante domino, ſervus; patre, filius ſtipulati ſint: nihilominus obligent domino patrive promiſſorem. *L. ſervus vetante*. Ubi ratio huius iuris pluribus a me expoſita eſt. *D. de verbor. oblig.* Servorum noſtrorum loco ſunt, qui bona fide a nobis poſſidentur, item ii in quibus uſumfructum habemus. Nam & quod per hos acquiritur, nobis acquiritur: duabus tamen tantum ex cauſſis, ſi quid acquirunt ex re noſtra, aut ſi quid ex operis ſuis. Quare & ſi quid iſti ex his cauſſis nobis ſtipulati ſint, nobis obligationem acquirent. *§. de his*, *§. idem placet*, *Inſtit. per quas perſ. nobis acq.* Et horum omnium ſtipulatio argumentum eſt. *Tit. de ſtip. ſer. D.*

XI. In ſecundo genere ſunt heredes. 4 Heredi noſtro ſtipulando, & paciſcendo quidvis acquirimus etiam quod in perſona noſtra non conſtiterit. *L. ſtipulatio iſta*, *§. ſi quis ita*, *D. de verbor obligat.* *L. cuius*, *D. de pact.* Merito, & quidem ſecundum regulam ipſam ſuperiorem iuris, ſi quidem quæ ſit alia, aut eadem perſona, ex iuris interpretatione, non ex natura ſpectamus. Nam heres propter ius quo ſuccedit in locum ac veluti perſonam defuncti, iure civili exiſtimatur eadem perſona eſſe cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præſt.* Qua ratione fit, ut dum quis ſtipulatur heredi ſuo, ideo valere debeat

3) Sive imperſonalis ſit loquutio, ſive in perſonam filij (ex. gr. Promittis mihi quod patri dabis) ſive in patris perſonam, ut Promittis patri quod filii dabis:) concepta. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. n. 1.

4) Non item legatario, vid. Fachin. 6. *Contr.* 71. Nec ſi cavero alteri extraneo, obligatio per id convaleſcit, ſi is poſtea mihi heres *L.* 17. §. 4. *de pact.* ubi ratio (& in *L.* 29. *de R. I.* ubi P. Fab.) Quem locum inſignem notat Hot. *in d.* §. 4. in pactis ſtatum perſonarum ſpectari tempore pactionis.

beat ſtipulatio iuxta regulam, quia videatur hoc modo ſtipulari ſibi, non alii. Sed hoc loco pleræque dubitationes exortæ ſunt veteribus, de quibus iuris quod mihi videatur eſſe de ſingulis, hic breviter & nude proponam tantum, ut quæſtio-
1 nes ipſæ, & de his iuris ſententiæ ſummæ notæ eſſe poſſint. Difficultates ipſas, quæ in ſingulis partibus incidunt, ambigendi ſtatuendique cauſſas non attingam, quia diligenter & fuſe tractatas, & ut confido explicatas legere eſt in commentariis noſtris ad *d.* §. *alteri*, *L. ſtipulatio iſta*. Ergo in hoc genere pactionum quibus cavemus heredibus noſtris, nulla dubitatio eſt, quin recte quiſque ſtipuletur heredi, ſi quis, adiecta perſona ſua, ſtipulatur quoque heredibus, hoc modo; mihi heredique meo dabis? *d. L. ſtipulatio*, 38. §. *ſuæ*, *D. de verb. obl.* Sic enim fit, ut vere dicatur id caveri heredibus & ſucceſſoribus, ubi his id acquiritur, quod in perſona defuncti prius conſiſtit. Quod eſt proprium hereditatis, & heredum. *L. hereditas*, *D. de reg. iur.* At finge aliquid horum deeſſe, ut vel ſibi quis non ſtipuletur, ſed tantum heredi; vel ſtipulatur ſibi quidem & heredi, ſed ex pluribus heredibus uni tantum, non cæteris. Oritur dubitatio, an valeat ſtipulatio, & ſi in unius tantum perſona valeat, quantum ei acquiratur.

XII. Quæritur igitur primum, ſi quis, omiſſa perſona ſua, ſtipuletur ſolis heredibus, an valeat ſtipulatio, & heredibus inde quidquam acquiratur. Movet, quod nunquam hæc ſtipulatio fuit defuncti, quippe qui ſibi quæſitum non voluit. Hereditatis autem & heredis appellatio non pertinet niſi ad ea quæ defuncti fuerint, cum is moritur. *d. L. hereditas*. *D. de reg. iur. L. nihil aliud*, *D. de verbor. ſignific.* Et certi iuris eſt etiam ſolis heredibus noſtris ſtipulari & cavere licere, ut obligatio & actio ab heredibus incipiat, quæ in perſona defuncti proprie non conſtitit. Hoc ius ſi ante fuiſſet dubium, cœpit eſſe certum lege Iuſtiniani, qua conſtitutum eſt, ut actiones ab heredibus & contra heredes incipiant. *L. unica. C. ut act. ab hered. & contr. hered.* Et ve-[5]ro hoc ita ſtatui oportuit, ſi heres eadem perſona eſt cum defuncto. Hoc enim admiſſo, non erit periculum, ne videatur ſtipulatio & obligatio non conſtitiſſe in perſona defuncti, atque ita non poſſe venire ad alios ſucceſſionis iure. Satis enim videtur ſibi ſtipulatus in perſona heredum, qui ſtipulatus eſt heredibus, ſi quidem, ut dixi, iidem ſunt cum ſtipulante defuncto. Atque ut forte deſit hæc ratio, tamen ſatis videtur fuiſſe in defuncto, quod ab eius perſona tranſiret ad heredes ſucceſſionis iure. Nam huius obligationis prima cauſſa in ſtipulatione & opera defuncti fuit. Huius operæ & facti ſucceſſio eſſe poteſt, dum eius utilitas transfertur ad heredes. Hoc ius confirmavit evidentius Iuſtinianus cum iuſſit utilem eſſe hanc ſtipulationem, ſi quis ſtipuletur poſt mortem ſuam ſibi dari, *ead. L. unica*, *C. ut act. ab her. L. ſcrupuloſam*, *C. de contr. ſtip.* Huiuſmodi ſtipulatio & pactio omnis veteribus erat inutilis. §. *poſt mortem*, *Inſt. de inut. ſtip.* Ex merito, ſi verba ſequimur, quæ illi in obligatione verbis conſtante ſolum ſpectabant. Eſt enim ad verborum conceptionem impoſſibilis, cum mortuo mihi, cum amplius non ero in rebus humanis, dari nihil poſſit. Sed recte Iuſtinianus hanc quoque ſtipulationem admiſit, interpretatus contrahentium ſententiam, quæ ex verbis colligitur, omiſſa ſubtilitate verborum. Atque hanc ſic accepit, quaſi ſtipulator ſtipulatus eſſet poſt mortem ſuam heredi ſuo dari. Defenditurque omnino hæc ſententia ratione & conditione perſonæ, quam hic aperte confirmavit. Illo enim, ſtipulatus ſit ſibi dari, non heredi. Tamen heredi dando ſatisfit huic ſtipulationi, ſi quis eam ad ſuperiorem conditionem & interpretationem iuris revocet. Nam ſi heres eadem cum defuncto perſona eſt, ut diximus, quod heredi datum erit; neceſſe erit ipſi ſtipulanti datum videri. Et nihilominus datur poſt mortem ſtipulantis re vera, quia non eſt heres quiſquam, niſi defuncti heres: cum hereditas nihil aliud ſit, niſi ſucceſſio in ius defuncti. *d. L. hereditas*. *D. de reg. iur.*

XIII. Deinde quæritur, ſi forte plures futuri ſint heredes, liceatne uni tantum cavere, ut huic acquiratur ſtipulatio, non cæteris. Et ſi quando licet, quantum huic acquiratur, totumne, quod defunctus illi ſtipulatus eſt, an tantum pro portione hereditaria. De quo hæc diſtinctio eſt veterum. Intereſt utrum quis uni heredi ſuo ſoli ſtipuletur, cum prius idem ſtipulatus non eſſet; an vero, adiuncta perſona ſua, ita ſtipuletur; mihi heredique meo Titio dabis? Si, omiſſa perſona ſua, ſtipulatur nominatim Titio heredi ſuo: ſoli [5] Titio

(5) Diſſ. Cuiac. ad *d. L.* 33. *de pact.* & ad *d. L.* 137. *de V. O.* putans, quia pacta facti ſunt, paciſci uni heredum licere *d. L.* 33. ſtipulari non item *d. L.* 137. §. *ult.* quia obligatio, quæ a defuncto cœpit, neceſſario ex 12. tabb.

tio acquiretur, nihil cæteris: & acquiretur ſolidum quantum teſtator ſtipulatus eſt: non pro parte tantum. De acquirendo uni ſic Celſus in *L. avus*, D. de pact. *heredi conſuli conceſſum eſt*, inquit; *nec quidquam obſtat uni tantum ex heredibus providere:* cæteris autem non conſuli. Idem indicat *L. continuus*, 137. *§. ult. D. de verb. obl.* ubi ita ſcriptum eſt, cum quid dari ſtipulamur, non poſſe per nos uni ex heredibus acquiri; ſed neceſſe eſſe acquiri omnibus. Ergo ſi quid non ſit neceſſe acquiri cæteris, quod defunctus ſtipulatus eſt, dicemus cum Celſo nihil obſtare, quominus poſſimus uni ex heredibus acquirere. At in propoſito, quod defunctus uni tantum heredum ſtipulatus eſt, cum prius ſibi ſtipulatus non eſſet, id non modo non eſt neceſſe acquiri cæteris, ſed nec his poteſt acquiri. Non enim his acquireretur ex perſona defuncti, qui ſibi non eſt ſtipulatus: non ipſis ex perſona ſua, quibus nec defunctus ſtipulatus eſt, neque ipſi ſibi. Ita fit, quod dixi, ut quod acquiri his non poteſt, ſoli ei, in quem ſtipulatio collata eſt, acquiratur. Quod ſi huic ſoli acquiritur, neceſſe eſt etiam ei acquiri ſolidum. Ubi non eſt metuendum, ne aliorum heredum concurſu quidquam ei detrahatur, cum nulli alii in partem venturi ſint. Et certe verum non eſt, poſſe nos uni ex heredibus acquirere ſtipulando, niſi totum quod ſtipulati ſumus, huic ipſi poſſimus acquirere. At enim heres ſuccedit in ius defuncti ſolum pro portione hereditaria. *L. heredes*, *§. an ea*, *D. fam. erc.* Hoc ita eſt, ubi quod a defuncto profectum eſt, dividitur inter heredes. Nam quod diviſionem non recipit, id pertinet in ſolidum ad ſingulos, quibus poteſt acquiri. *d. §. an ea*. Hic autem agimus de eo, quod non dividitur inter heredes, cum ex eo dicamus nihil ad cæteros pertinere.

XIV. Quod ſi quis perſonæ unius heredis etiam ſuam adiunxerit, hoc modo; mihi, heredique meo Titio dari; referri hic quoque putandum eſt utrum ſtipulatio in dando ſit, an in faciendo: ut ſi in dando, fruſtra uni caveatur, ſed neceſſe ſit acquiri [6] omnibus heredibus; ſi in faciendo, recte unius perſona comprehendatur, quo ei tantum acquiratur. Exſtat hæc diſtinctio in *L. continuus*. 137. *§. ult. D. de verbor. obl.* Habet autem hanc rationem. Nam cum quis ſibi dari prius ſtipulatus eſt, quæſita eſt ei obligatio & actio. Eam cum habuerit, neceſſe eſt, eo mortuo, heredes omnes in id ius ſuccedere, ſive his nominatim idem cautum ſit, ſive non ſit, quia heres hoc ipſo, quod heres eſt, ſuccedit in univerſum ius defuncti *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* Hoc tamen ita, niſi id quod habuit defunctus, ius perſonale fuerit. Id enim ius ad heredes non tranſit. *L. non ſolum*, *§. tale*, *D. de lib. leg.* Tale autem eſt, cum factum ſtipulatione continetur. Ut ſi ſtipuletur quis ſibi ire agere licere. *§. ſed cum factum*, *Inſt. de ſtipul. ſer.* Unde eveniet, ut ſi quis idem ſtipulatus fuerit ſibi, heredique ſuo Titio ire agere licere, hic ſtipulatio acquiratur Titio, cui nominatim cautum eſt, quia liceat heredi cavere etiam id, quod in perſona defuncti conſiſtere non potuit. *L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. ſi quis ita D. de verb. obl.* At non poteſt acquiri cæteris; quia neque teſtator his nominatim cavit, neque iure hereditario ad eos tranſire poteſt ſtipulatio defuncto quæſita, quia in facto perſonali fuerit & ipſa perſonalis. Quod genus ad heredes non tranſire diximus. Neque hoc ius mutat Iuſtiniani conſtitutio, qua cautum eſt, ut non minus ad heredem tranſeat ſtipulatio, quæ in faciendo eſt, quam quæ in dando. *L. veteris*, *C. de contr. ſtip.* Hoc enim non ſimpliciter conſtituit Iuſtinianus, ſed his caſibus duobus, ſi aut ſibi ſimpliciter quis ſtipuletur, nulla facta heredum mentione, aut ſi ſtipuletur ſibi & heredibus, ſed heredibus ex æquo omnibus. Ex quo intelligimus, ſi quis ſtipuletur ſibi quid fieri, & nominatim uni tantum ex heredibus ius antiquum eſſe, quod in hac ſpecie mutatum non ſit ſuperiore conſtitutione: ut ſcilicet ſtipulatio ad cæteros heredes non tranſeat. Et merito; voluntas enim ſtipulatoris cum natura rei concurrens perſonalem fecit ſtipulationem, dum certis perſonis id factum voluit contineri. Hæc, ut dixi, ſtrictim, ac velut ſumma ſequens faſtigia rerum. Cætera huc pertinentia ex commentario ad *d. L. ſtipulatio iſta*, *§. alteri*, peti poſſunt.

XV. Tertium genus eorum, quibus recta utiliter ſtipulari & cavere poſſumus, diximus eſſe eorum, quorum in rebus [7] adminiſtrationem, poteſtatemve aliquid geren-

tabb. inter heredes dividitur; nec poteſt valere pactum de conſtituenda obligatione *in unum heredum*, quia eſt contra 12. tabb. Aliter Bron. 1. *Aſſ.* 37. vid. Gomez. 2. *Reſol*, 11. *n.* 15.

6) Nec coguntur coheredes ſuas partes, quas acceperunt, reſtituere heredi nominato Familiæ erciſcundæ iudicio, quia ſolemnia requiſita in ultima voluntate abſunt; Gomez. *d. n.* 15.

7) Vid. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 5. A. Fab. 1. *Iuriſp.* 12. *Princ.* 6. *Illat.* 33.

Digitized by Google

gerendi iure commiſſam habemus. Qui hanc poteſtatem habent, hi ſunt: tutor, curator, actor civitatis ſeu ſyndicus, magiſtratus quibuſdam in cauſſis, item procurator militis. De tutore, & curatore conſtat. Actoris civitatis ſeu ſyndici idem munus eſt. *L. ult. §. defenſores, D. de mun.* Et his pro ea poteſtate cavendi ius eſt, & obligationis acquirendæ dominis ipſis quorum res adminiſtrant. De quibus ita traditur in *L. eum qui, §. ſi actori, D. de pec. conſt.* ſi actor civitati, tutor pupillo, curator adoleſcenti dari paciſcatur, utilitatis gratia dandam municipibus, vel pupillo, vel adoleſcenti utilem actionem. Hoc ideo, quia iſti dominis paciſcentes ſibi ipſis quodammodo paciſci & cavere intelliguntur. Sunt enim & ipſi pro dominis in rerum adminiſtratione, ut de tutore traditum eſt in *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tutor. L. qui fundum, §. ſi tutor, D. pro empt.* Qua ratione fit, ut dominus domino cavere videatur, atque ita dominus ſibi. Hoc autem maxime ſecundum regulam, qua licet unicuique ſibi ipſi cavere. Et tamen quia tutor, curator, actor municipum domini non ſunt re vera, ſed tantum pro dominis habentur; eo fit, ut dum hi paciſcuntur veris dominis, ipſi non veri domini: atque ita paciſcuntur aliis perſonis, placet iſtis perſonis non acquiri directam actionem, ſed tantum utilem, ut ſupra retulimus ex *d. L. eum qui, §. ſi actori, de pec. conſt.*

XVI. Eadem cura & adminiſtratio magiſtratui commiſſa eſt, ſed in perſona tantum pupilli, neque hæc paſſim, ſed duabus tantum in cauſſis ſatiſdationem apud magiſtratum pro pupillo exigentibus; cum pupillo tutor datur cum ſatiſdatione, & cum pupillus arrogatur. In tutore dando magiſtratus eſt ſatiſdationem exigere a tutore, quibus in cauſſis hanc ab eo præſtari oportet. *L. 1. §. ſi magiſtratus, §. exigere, D. de magiſtrat. conven.* Hic curabit magiſtratus, ut quam tutiſſime interponatur, quo inde acquiratur pupillo actio. Itaque ſi pupillus præſens erit, & fari poteſt, intelligitque quod agitur, ſtipulabitur ipſe ſibi. Si res per eum tranſigi non poteſt, adhibebitur eius ſervus, qui domino ſtipulando, ipſi acquirat. Si nec pupillo ſervus erit, hic datum eſt magiſtratui, huius rei expediendæ cauſſa, ut poſſit pupillo cavere, vel per ſe, dum ipſemet ſtipulatur a tutore rem pupillo ſalvam fore, vel ſi ad dignitatem ſuam pertinere exiſtimat, per alium, dum adhibet ſervum publicum; vel ſi videtur, quemvis alium liberum hominem, qui idem ſtipuletur pupillo, eritque ex ea ſtipulatione pupillo actio ſuo nomine quandoque finita tutela. Hæc in *L. 2. 3. 4. D. rem pup. ſalv. for.* Sed quod in cautione tutorum, & curatorum, idem in hac ſtipulatione per magiſtratum interpoſita, hoc receptum eſt, ut utilis tantum actio acquiratur pupillo, non directa. Nam & in hac cauſſa, magiſtratus pro domino eſt, non vere dominus. *d. L. 4. D. rem pup. ſalv. for.* In arrogatione impuberis ſimilis quædam ſatiſdatio magiſtratui, apud quem arrogatio peragitur, exigenda commiſſa eſt: cavet enim arrogator ſe, si impubes deceſſerit, reſtituturum ea, quæ ex bonis impuberis conſecutus fuerit, illis ad quos res perventura eſſet, si arrogatus permanſiſſet in ſuo ſtatu. *L. non aliter, L. hac autem, D. de adopt.* Stipulationem hanc interponi curabit magiſtratus eodem modo, quo ſupra, ut ſi pupillus ſtipulari non poteſt, nec ſervum præſentem habet, qui ſtipuletur, magiſtratus, cui ea cura reſcripto principis mandata eſt, aut ſtipuletur ipſe, aut alium adhibeat, qui ſtipuletur iis, ad quos res impuberis perventura eſt. Unde & his actio utilis. *d. L. non aliter, D. de adopt.* Procurator militis favore militis in eadem cauſſa cum tutore habetur, ut ſcilicet ſtipulans aut paciſcens militi domino ſuo, ſimiliter ei utilem actionem acquirat. *L. ſi pecuniam, D. ſi cer. pet.*

XVII. Extra has [8] perſonas ſuperioribus generibus comprehenſas, ut nulli ſunt, qui ſtipulantes paciſcenteſve aliis, eadem perſona cum his habeantur, ita placet nullos eſſe, qui ſtipulantes paciſcenteſve alteri, ei obligationem aut actionem ullam acquirant. De directa actione convenit inter omnes, hanc illi ex eiuſmodi pactione non acquiri. De utili vulgo ambigitur, nec dubitant hanc multis in cauſſis admittere. Non recte. Quin ita ſtatuemus, extra perſonas ſupra ſcriptas quæ ſtipulentur aliis, quiſquis erit, qui ſtipuletur, nullam hinc actionem ne utilem quidem alteri acquiri. Satis id probant regulæ iuris de hac re traditæ, quibus in huiuſmodi ſtipulationibus & pactionibus alias inutilem actum effici traditur, alias nihil agi. *L. quæcumque gerimus, D. de*

8) Tametſi ao. in univerſum huius regulæ exceptiones habeat Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. inter quas & illa n. 19. quod Eccleſiæ, pauperibus, & piis locis quivis ſtipulare poſſit; de quo & Tiraquellus non omnino admittens privilegium piæ cauſſæ 114. Sed ſi obligatio eſt, opinor, ea ex pollicitatione unius, etſi nemo ſtipuletur. Et aliæ exceptiones ſuſtiont te magis quam legum fundamentis aut certis rationibus nituntur.

Digitized by Google

D. de obl. & act. §. ſi quis alii, Inſt. de inut. ſtipul. Non eſt inutilis pactio, ſi ei cui paciſcimur, acquiritur inde actio ſaltem utilis. Quin potius utilis non minus, quam ſi inde directa competeret. Utraque enim actio ad id conſequendum, quod volumus, eiuſdem poteſtatis eſt, eumdemque habet effectum, ut eſt in *L. actio, D. de neg. geſt.* Qua ratione recte dicetur ea pactione aliquid agi; atque adeo idem, quod directa actione inde conſtituta. Sed res fit evidentior exemplis propoſitis earum perſonarum, quæ propter coniunctionem inter ipſas iure conſtitutam videntur maxime præter cæteras aliis coniunctis acquirere non dico potuiſſe, ſed debuiſſe. Nunc autem ita ius eſſe reperiemus, ut ex iis, a quibus propter iſtam coniunctionem ſumma ratio aliis acquirendi iure conſtituta eſt; nemo tamen alicui ex eiuſmodi perſonis paciſcendo ſtipulandove actionem acquirat vel utilem. Non acquirit procurator domino. *L. 1. C. per quas perſ. L. eum qui, §. Iulianus*, iuncto *§. ſi actori, D. de conſt. pec.* Non [9] libertus patrono. *L. ſi ita ſtipulatus, 126. §. Chryſogonus, D. de verb. obl.* Non filia aut filius matri patrive, cuius non eſt in poteſtate. *L. inter, §. filia, D. fam. erc.* Non [10] mater filiæ. *L. pactum, C. de pact. con.* Non [11] pater filio. *L. ſi genero, C. de iur. dot. L. quod dicitur, 86. D. de verb. obl.* Quod ſi hi ſupra ſcriptis perſonis eo vinculo quod videmus, ita coniunctis ne utilem quidem actionem iis paciſcendo acquirunt: dubitari non debet, quin multo minus hanc acquiſiturus ſit extraneus extraneo quavis pactione.

XVIII. Sed hoc ita eſt, si quis recta alteri dari, fieri ſtipuletur, paciſcatur, in quam ſententiam regulæ iuris ſuperiores conceptæ ſunt. Cæterum obliqua via interdum res eo deducitur, ne offendatur regula iuris, & nihilominus per conſequentiam alteri conventione noſtra obligatio & actio acquiratur. Hanc viam duplicem eſſe animadverto. Una eſt propria mutui: altera, quæ valeat in aliis cauſſis.

XIX. In mutuo hæc ſententia iure recepta eſt, si nummos meos tuo nomine dem mutuos velut tuos, abſente te & ignorante, acquiri tibi condictionem. *L. certi, §. ſi nummos, D. ſi cert. pet.* Quippe hic fit a me ab initio, quod per regulas iuris licet mihi facere: quo facto ad illam condictionem tibi acquirendam eodem iure permittente pervenitur. Nam primo cum do nummos meos alteri tuo nomine, hic iam ab initio videor [12] poſſeſſionem nummorum meorum in te transferre, dum conſtituo tuo nomine poſſidere. *L. quod meo, D. de acq. poſſ.* Hoc modo etiam per poſſeſſionem dominium nummorum in te transfero. *L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Hinc ſequitur condictio tanquam ex mutuo, quæ tibi optimo iure acquiratur. Nam cum nummi tui facti ſint, res oſtendit perinde eſſe, quaſi ipſe per me nummos tuos mutuos dediſſes. Quod ſi factum eſſet, nemo dubitaret, quin ex tua numeratione tibi acquireretur condictio. Idem igitur & in hac cauſſa fieri intelligendum eſt. Hoc vero maxime ſecundum regulas iuris. Sic enim non ego tibi acquiro, ſed tu tibi mutuum per me dando. Quapropter si proprie loqui volumus, reperiemus in hac ſpecie tibi per me ullam actionem non acquiri, sive ſpectemus, quod fit a me principaliter, sive id quod fit per conſequentiam. Dum in eo, quod facio principaliter, tibi poſſeſſionem nummorum meorum acquiro, & per hanc dominium, non autem ullam actionem. In eo autem quod ſequitur, ita tibi acquiritur condictio, ut eam facto tuo & numeratione tibi acquiras, non ego tibi. Qua ratione non male fit, ſi quis hic in hac ſpecie exceptionem ullam ſuperioris regulæ non agnoſcat. Veruntamen quia hic condictionis tibi quæſitæ origo & cauſſa tibi a me illa datione mea nata eſt; non abſurde dici poteſt

9) Ideoque nec vaſallus domino, nec civis ſuæ civitati, licet quidam contra velint, eo quod patria ſit maior parens: nec ſubditus etiam ratione iuriſdictionis, Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 10. *n.* 2. *& ſeqq.* Vaſq. *d. C.* 58. *n.* 1.

10) Quam legem non de emancipatis loqui, ſed de naturalibus, ante contractum matrimonium ex ea muliere conceptis, contendit Muret. *Obj. iuris* 6.

11) Diſſ. quoque Hot. 4 *Obſ.* 8. Cuiac. 7. *ad Afr. ad L.* 23. *de dotal.* volens filio emancipato indiſtincte, ſive factum, ſive ius in eum conferatur, ſive ſimpliciter, ſive poſt mortem, ſive ex cauſſa caſtrenſis peculii, ſive extra eam, poſſe per patrem parari actionem utilem, uti & per avum maternum nepti *L.* 45. *ſol. matr.* & per patruum filio fratri, *L. cum avis* 37. §. 5. *de leg.* 3. per matrem filio *L.* 26. *pr. Depoſ.* Idque dare affectioni & voto parentum, ac qui illorum loco. Non itidem viceverſa dari hoc affectioni liberorum. *L.* 59. § *ult. ad Treb. L.* 26. §. 4. *de pact. dotal.* Sed contrarium firmat A. Fab. 1. *Coniect.* 4. *&* 19. *Coniect.* 17. *&* 2. *ſeqq. &* 33. *Err. Prag.* 9. *&* 10. Minus autem fratri, quis aut amico ſtipulari poterit, licet diſſentiat Tiraq. *de Pæn. temper. Ca.* 22. *n.* 14. *& ſeqq.* De quo vid. *C. præced. N.* 1.

12) Ita & noſter ad *d. L.* 9. §. 8. *n.* 2. & ad *L.* 2. *C. Per quas Perſ.* Idque Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 13. *ſeq.* non ſpeciale eſſe ſcribit in mutuo, ſed in quovis contractu, in quo intervenit numeratio per actum naturalem & corporeum *L.* 6. *C. de Cond. ind. & ſimil.* (de quo & Andr. ab Exea *Lib. Paſtor. n.* 129.) Et *n.* 15. Idem obtinere ſi nummi illius ſint cuius nomine alter illos cedit, *L.* 4. *C. ſi cert. pet.* ubi licet videatur ratio dubitationis nulla, cum una tantum ratio videatur abnormis, in priori autem caſu duæ, re tamen rectius perpenſa non levem eſſe oſtendit, quæ ex illo petenda. add. Andr. Clud. *de Condict. C.* 2. *n.* 35. *& ſeqq.*

teſt, his factis inter ſe coniunctis, meo ſcilicet dominium in te transferentis, & tuo per me mutuum velut dantis, videri tibi condictionem per me quæſitam. Sic tamen, ut obliqua illa via tibi acquirendi hic agnoſcatur, non illa recta, qua alteri ſtipulando aut paciſcendo ſola hac pactione noſtra illi acquirimus.

XX. Aliis in cauſſis obliqua ad acquirendam alteri actionem, via hæc eſt iure cognita, cum quis recta ſtipulatur paciſciturve ſibi dari, aut fieri, quo & ſibi eadem opera actionem acquirit ſecundum regulas iuris, ſed ſimul id agit, ut illud ipſum quod ſibi pactus erat, præſtetur alii. Quo [13] nomine interdum placet illi alii actionem dari: ſed ita, ut apud paciſcentem ſit in eam rem directa actio recto iure illi quæſita, quæ deinde ab eo transferatur ad alterum, cui cautum eſt, ut ſit apud eum non directa, ſed utilis.

XXI. Receptum hoc eſt aliter in ſtipulatione & pactione procuratoris ſibi paciſcentis; aliter in pactione extranei, qui procurator non ſit.

XXII. Procurator rem domini gerens ſi ſtipuletur quid ſibi dari, recte ſtipulatur, quia & ſibi directam actionem acquirit. *L. in cauſſæ*, *§. ult.* & *L. ſeq. D. de proc.* ſed placet interdum domino utilem actionem eo nomine dari adverſus promiſſorem, ſine alia aperta conventione procuratoris, tantum ideo quia hoc animo eſt, ut hanc actionem transferat ad dominum, cuius nomine & mandatu rem gerit. Non tamen paſſim id receptum, ſed tribus in cauſſis. Una, ſi ſtipuletur ſibi dari ex re domini; ut, ſi fundo domini vendito pretium ſtipuletur ſibi dari ab emptore. *L. quod procurator*, *D. de proc.* Huc pertinent exempla *L. in cauſſæ* [14] *§. ult.* cum *L. ſeq. D. de procur.* Altera, ſi præſente domino, rem eius gerens ſtipuletur, quanvis non ex re eius. *L.* [15] *ſi procuratori*, 79. *D. de verbor. obl.* Tertia, ſi res & utilitas [16] exigere videatur, ut detur domino actio utilis, quanvis procurator neque ex re domini, neque domino præſente ſtipulatus fuerit. *L. damni*, *§. ult. D. de damn. infect.* *L. 5. D. de præt. ſtipulat.* Res & utilitas id exigere videntur, ſi res domino aliter ſalva eſſe non poſſit, quam ſi detur ei utilis adverſus promiſſorem actio. Quod fit, ſi procurator abſit peregre, ut non poſſit actionem, quam habet, domino cedere; aut præſens neget ſe cedere, & ſolvendo non ſit. Hæc actio iſta conditione recepta eſt; primum ex contractu inſtitoris, & data domino qui præpoſuit, adverſus eum, qui cum inſtitore contraxit. *L. 1.* in fin. *L. 2. D. de inſtit. act.* poſt deinde huius exemplo translata ad contractus procuratoris eadem iſta conditione, ut indicat *L. Iulianus*, *§. ſi procurator*, *D. de act. empt.* *d. L. 5. D. de præt. ſtipulat.*

XXIII. Alius extraneus ſi quid contrahat alterius nomine, hæc quidem prima via eſt, alteri inde utilem actionem acquirendi, ſi prius ipſe qui contrahit, ſibi actionem directam acquirat de eo præſtando, de quo inter contrahentes actum eſt, eamque actionem velit in alium transferri. Sed hæc conditio ſola non eſt ſatis. Amplius duo hæc exigimus; primum eius, qui alteri quæſitum vult, apertam conventionem de re illi alteri præſtanda; deinde cauſſam contrahendi eiuſmodi, in qua quis det rem ſuam, aut a ſe profectam, ea lege, ut qui accepit, alteri reſtituat. In hac vero cauſſa & pactione omni placet ei, qui ita dedit, actionem primo acquiri de re ſua repetenda, ſed hanc directam: ei autem extraneo cui convenit ut reſtitueretur, benignitatis cauſſa utilem. Cuius ſententiæ exempla hi loci ſuppeditabunt, *L. penult. C. ad exh.* *L. quoties*, *C. de donat. quæ ſub mod.* *L. ſi cum venderet*, *D. de pignor. act.* *L. pater*, *C. de pact. convent.* *L. Caius*, *D. ſol. matrim.* quorum exemplorum ſi quis ſententiam & rationem pluribus requirit, hanc commentarii noſtri de hac parte expedient; ad *d. L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. alteri*, *de verbor. obligat.*

CAP.

13) Si autem alteri tantum ſtipuletur nec actio utilis. Requiritur enim ut ab initio ſtipulatio conſtiterit, ſaltem in perſona ſtipulantis. Ubi autem domino ſoli Procurator ſtipulatus, neque conſtitit unquam in perſona domini nec procuratoris. Don. noſter *ad L. 1. C. Per quas perſ. n. 59. & ſeqq.*

14) Ubi tamen *d. §. ult.* verſ. ult. *& licet &c.* Triboniano adſignat A. Fab. 12. *Coniect.* 4. & audacius totam eam *§. in rational. ad d. L.* 27.

15) Cuiac. quidem ad d. *L.* 79. *de V. O.* coniunctim requirit ut & domino præſente & ex re illius ſtipuletur: ſed interpretatio ea neque *d. L.* 79. neque *d. L.* 68. *de Proc.* conveniat A. Fab. *ad d. L.* 68.

16) A. Fab. *ad d. L.* 68. excipit ſtipulationes prætorias, quæ interponuntur non tam ut novum ius acquiratur, quam ut vetus conſervetur. Rob. 2. *Rec. Lect.* 4. diſtinguit inter Procuratores veros, qui nec mandanti ſtipulari poſſunt *L. 1. C. Per quas perſ. L. 11. §. pen. de pig. act.* ex dicta regula *alteri ſtipulari non licet*. Nec aliter, ait, hi negotium gerere poſſunt, quam in ſuam perſonam id conferendo *L. 5. §. 6. de conſt. pec. L. 1. C. de ſent. & interloc.* nec obligatio aliter quam ceſſione in mandatum tranſit *L. 8. §. ult. Mand.* Et eos, per quos, quaſi internuncios ac miniſtros negotium ipſi gerimus, nudum illis miniſterium præbentibus, qui & Procuratores vocantur, licet minus proprie *L. 43. §. 1. de furt.* Ac per hos nobis acquiri poteſt obligatio *d. L. 5. §. ult. L. 14. §. ult. & L. ſeq. de pec. conſt. L. ſi inter* 21. *pr. de pig.* Vide & de obligatione per Procuratorem quæſita, Gomez. 2. *Reſol.* 11. *n.* 18. Pac. 2. Q. 35.

C A P. XVIII.

Stipulationem in alterius perſonam duas ad res utiliter conferri poſſe. Ad poteſtatem ei ſolvendi; & Ad actionem ei retinendam. Sed & eam, quæ ad acquirendam alteri actionem collata eſt, pœnali ſtipulatione ſubiecta, oblique confirmari poſſe.

Nexus, & continuatio. I.
Stipulatio collata in alterum, etſi in eo ut illi acquiritur inutilis: ad duas tamen res utilis eſſe poteſt; & quæ ſint. II.
1. *Ad ſolutionem, ſi conceptio verborum facta diſiunctim; ut mihi aut Titio dare ſpondes; ſecus ſi coniunctim facta: & quare.* III. V.
Varias de ſolutione quæſtiones quo loco tractabit auctor. IV.
2. *Ad retentionem actionis, quam alioquin ſine ſtipulatione noſtra amiſſurus erat. Species illuſtris ex* L. 13. D. de pign. act. *proponitur.* VI.
Item pœnæ adiectione utilis ſtipulatio comparata alteri; & quomodo. VII.
Contrariis occurritur. VIII. IX.
Pœnalis ſtipulatio non ideo inutilis, quod inutili accedat; ſed ita demum talis, ſi ſuo & proprio vitio laboret. Vitia huiuſmodi tria, & quæ. X.
Interdum ex mente contrahentium pœna licet commiſſa non exigitur; & quo in caſu, ſeu ſpecie. XI.

I. His exceptis tum perſonis, tum cauſſis, manebit regula iuris certi, ſtipulatione aut conventione noſtra alii obligationem aut actionem quæri non poſſe: neque principaliter, dum ei dari fierive recta paciſcimur; neque per conſequentiam, dum actionem contractu noſtro prius nobis quæſitam volumus ad eum transferri.

II. Quid ergo omnis pactio & ſtipulatio in aliquem collata, quo ei detur quid aut fiat, erit inutilis? Non hoc eam ſignificationem habet. Poteſt enim alio ſpectare conventio, quam ut acquiratur alteri. Quod ſane regula ſuperior non prohibet. Et quanvis ſimpliciter dictum ſit, alteri ſtipulari neminem poſſe. *§. alteri, Inſtit. de inut. ſtipulat. L. ſtipulatio iſta, §. alteri, D. de verbor. obligat.* meminiſſe tamen oportet, & in eo verſata eſt ſuperior tractatio, ita dictum eſſe, ut non liceat alteri ſtipulari, quo ei obligatio actiove acquiratur. Declarat id ratio ſuperiori regulæ iiſdem locis ſubiecta, dum ideo dicitur ita ius eſſe, quia inventæ ſint ſtipulationes, ut unuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt, non alteri. Declarant regulæ iuris aliis verbis de eadem re traditæ: ut, cum dicitur neque ſtipulari, neque vendere, emere, contrahere, ut alter ſuo nomine agat, nos poſſe. *L. quæcumque gerimus, D. de oblig. & act.* Item, cum dicitur per liberam perſonam quæ iuri noſtro ſubiecta non ſit, nobis obligationem aut actionem quæri non poſſe. *L. ſi ita ſtipulatus, §. Chryſogonus, D. de verb. oblig.* Ita in ſumma huc omnes ſuperiores ſententiæ redeunt, ut declaretur nulli alii nos cavere ſtipulatione aut conventione noſtra poſſe, quo alteri quid inde acquiratur. Quapropter dum conventione noſtra non acquiratur alteri, quominus ſtipulatio vel pactio in alterum collata poſſit eſſe utilis, regulæ iuris ſupra ſcriptæ non ſunt impedimento. Duas autem ad res poteſt ſpectare ſtipulatio & conventio in alterum collata, ut tamen inde nihil alii acquiratur; ad ſolutionem ſeu poteſtatem alteri ſolvendi, & ad actionem illi retinendam, quam ſine pactione noſtra erat amiſſurus. Ideo & ad has eaſdem res utilem conventionem eſſe placuit.

III. Extraneæ perſonæ ſeu alteri ſtipulando, ſolutio in eum conferri poteſt; id eſt ſolvendi illi poteſtas, dum ſtipulatione efficitur, ut quod ſtipulatori quis promiſerat, poſſit ſolvere etiam illi extraneo. *§. plane, Inſt. de inut. ſtipul.* Solutio in extraneam perſonam ita confertur, si ego mihi quid dari ſtipuler, & ſimul idem ſtipuler dari Titio [1] disiunctim, hoc modo: mihi aut Titio decem dare ſpondes? *d. §. plane.* Utilis ſtipulatio in utriuſque perſona. Primum in mea, quia mihi ſum ſtipulatus dari. Quo facto & mihi in

[1] Nec refert adiectus priori, an poſteriori loco referatur: Ut ſi dicam *Titio aut mihi*; quia alternativæ orationis natura parem in utroque vim conſtituit. Nec ordo ſcripturæ in ſtipulationibus tantopere attenditur, vid. Henr. Sverin. *rep. Lect. C.* 4.

hi in ſolida decem obligatio & actio quæſita eſt. Deinde in perſona Titii, quia etſi non acquiritur ei obligatio, repugnante regula iuris, quæ vetat ſtipulari alteri, quo ei acquiratur: tamen eſt aliquid, quo uſque utiliter progredi poſſit huius perſonæ adiectio; ſolutio videlicet, quæ in huius [2] perſona recte conſiſtat. Hæc enim adiectio hoc efficit, ut licet promiſſor Titio dare non cogatur, at certe volens poſſit illi dare, id eſt ſolvere quod vere mihi ſoli debebat, idque ſtipulatione ipſa hoc illi concedente. Sic fit, ut remota obligatione in perſona adiecti, relinquatur ſolvendi illi poteſtas, quam in illum conferri regulæ iuris ut dixi, non prohibent. Hac enim ſolutione in illum collata, nihil propterea ei acquiritur, ac ne ſolutio quidem, quæ in illum confertur. Nam promiſſor hanc poteſtatem ſolvendi nactus ſolvet ei, ſi volet; ſi non vult, non [3] cogitur. Sed etſi ſua ſponte Titio ſolverit; tamen ne ſic quidem Titio quidquam ex ſtipulatione acquiri recte dixerimus. Hæc enim ſolutio illi nata eſt, non ex ſtipulatione, ſed ex ſola voluntate promiſſoris, cui liberum erat ita non ſolvere.

IV. Hac poteſtate Titio ſolvendi recepta, multa circa eam quæſita ſunt huc ſpectantia, quam longe pateat: ut, liceatne Titio ſolvere invito ſtipulatore; liceatne ſemper Titio; & utrum non tantum Titio, ſed & eius heredibus. Sed locus ad ſolutionem & liberationem promiſſoris pertinet. De quo in argumento *de ſolutionibus & liberationibus* dicendum eſt.

V. Non item confertur hæc ſolutio in extraneam perſonam Titii, ſi ſtipuler [4] mihi, & Titio decem dari coniunctim. Nam dum ita ſtipulor, quoniam decem ſolida mihi ſoli non ſum ſtipulatus, eadem ſumma pluribus attributa pro numero perſonarum diviſa intelligitur; ut ita videar quinque mihi ſtipulatus, & Titio quinque. *L. cui fundus, D. de eond. & dem. L. reos, §. 1. D. de duob. reis.* Quæ res facit, ut ſtipulatio in mea perſona valeat tantum quinque: in perſona autem Titii in altera [5] quinque ſit inutilis & ad obligationem, & ad ſolutionem. Ad obligationem, quia hanc alteri quærere non potui, neque hac ſtipulatione, neque ſuperiore. Ad ſolutionem, quia non id agitur, ut illi præſtentur quinque mihi debita, ſed ut nova quinque illi dentur. Quæ cum neque mihi, neque illi prius debita fuerint, ſolutio in ea cadere non poteſt. Quæ cauſſa fuit veteribus iſtas ſpecies ita diſtinguendi. Exſtat diſtinctio in *§. plane, & §. quod ſi quis, ſeq. Inſt. de inut. ſtip. L. eum quis ſibi, 55. L. eum qui ita, D. de verb. obl.*

VI. Sed & alteri ſtipulari aut paciſci utiliter poſſumus, quanvis in eum non conferamus ſolutionem, ſi id agitur pactione, non ut ei acquiramus actionem, ſed ut eam quam prius habuit, quam eamdem facto noſtro amittere potuit, illi integram ſervemus. Quod accidit in ſpecie huiuſmodi. Propone creditorem ius pignoris exſequentem pignus ſuum vendere: ſed hac lege, ut ſi debitor retulerit pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem ſuam. In hac ſpecie reſpondet Ulpianus hac pactione fieri, ut debitor quandoque pecuniam referens rem ſuam poſſit vindicare. *L. ſi cum venderet, D. de pign. act.* Recte. Neque regula iuris adverſatur. Nihil enim hac pactione acquiritur debitori, ſed quod prius erat eius, ipſi retinetur. Nam ante venditionem pignoris, dominus fuit pignoris, eoque, & ſuo iure vindicationem habuit. *L. actionum, D. de oblig. & act.* Hanc illi actionem, uti & dominium rei adimere potuit creditor pignus diſtrahendo. Et auferret omnino, ſi ſimpliciter venderet. Sic enim abſolute dominium transferret ad emptorem. *L. non eſt novum, D. de acquir. rer. domin.* Nunc autem creditor in iſta diſtractione ſupe-

2) Quia hæc adiectio eſt perſonaliſſima, inquit Vult. *in §. 4. I. de inut. ſtip. n. 4.* Facta enim non tranſeunt ad heredes, Curt. 2. *Conieff. ad Fr.* 3. & Gomez. 2. *Reſol.* 11. *n.* 20. addens quod adiectus æquiparetur mandatario. Mandatum vero morte finitur.

3) Unde firmiter infertur verba illa, quæ inſtrumentis fere inſeri ſolent: eive qui hanc ſyngrapham feret, ſi ex iuris ratione magis quam ex opinionibus & uſu iudiciorum res æſtimanda, non proficere illi tertio, qui ipſe non contraxit; ſi ſyngrapham conſequutus fuerit, ad hoc ut actione experiri & debitum exigere poſſit, non probata ceſſione actionis: ſed tantum ut ſponte illi ſolvens liberetur obligatione. Quia nec quidquam amplius vel expreſſa deſignatio ac nominatio, iuris ratione inſpecta, operaretur. Uſu tamen probatum eſt ex illis verbis, quemvis agere poſſe, Cur. 1. *Conieff. ad Viv.* 5. ac ſi inſtrumentum ſit exſecutivum, poſſeſſori illius, omnia remedia, ipſi creditori prodita, parata eſſe, licet nec de titulo, nec de bona fide ipſius edoceatur, tradit Coler. *de Proc. exſec. P.* 2. *C.* 2. *n.* 63. *& ſeqq.*

4) Coniunctio facit nos pares, diſiunctio diſpares. Solutioni poteſt applicari Titius quaſi Procurator, non obligationi, quia nec agere, nec novare, nec acceptum ferre, nec fideicommiſſum pignuſve accipere, nec ei nomine ſuo conſtitui poteſt, &c. Cuiac. 7. *ad Afric. in L.* 38. *pr. de ſolut.* vid. *infra Lib.* 16. *C.* 10.

5) Secus ſi ita: Mihi decem & Titio decem. Tunc enim eadem decem repetita, *L.* 38. *§.* 19. *de V. O.* non quod tunc ſola quinque ſtipulanti debeantur, ut Cuiacius *ibid.* Sed ut Donellus noſter *ibid.* ut promiſſori poteſtas ſit ſolvendi illa decem Titio, & per id ſe liberandi, ut non neceſſe ſit, cum Coraſio & Charonda *ibid.* & Hot. 1. *Amic.* 24. alteram voculam *decem* delere.

ſuperiorem pactionem adiecit, ne a debitore dominium & vindicatio aliter recedat, quam ſi pretium non ſolvat emptori. Ita non acquiritur ei illa pactione vindicatio, ſed non adimitur. Hoc vero quominus facere liceat, regula iuris nnn prohibet; quandoquidem alteri acquiri vetat, nihil amplius.

VII. Sed etſi cum de acquirendo alteri agitur, manet immota regula iuris, extra perſonas & cauſſas exceptas ſuperiores, alteri pactione ulla noſtra obligationem aut actionem quæri non poſſe; tamen quoniam ſæpe & varie iuſtis de cauſſis accidit, ut alteri a nobis caveri ad voluntatem & affectionem noſtram pertineat, nonnunquam & ad utilitatem, quam ſatis probare non poſſumus; etiam in hanc partem inventa eſt a veteribus Iuriſconſultis cautio, quæ ei incommodo mederetur, efficeretque ut quod iure conſequi non poſſumus, ad id alia via perveniretur. Hæc cautio eſt in pœnæ adiectione, ut cum ſtipulati erimus alteri dari quanvis recta; tum deinde ſi ita factum non erit, ut comprehenſum eſt, ſtipulemur pœnam. Hac ſtipulatione ſic conſequemur, ut detur aut fiat actori, quod illi ſtipulati fuimus. Nam ſi valet pœnæ ſtipulatio, non quidem propterea acquiretur alteri ulla actio eius perſequendi nomine, quod in ſtipulationem utramque deductum eſt: ſed promiſſor metuet pœnam, ſi non dederit aut fecerit alteri, quod promiſerat. Huius incommodi metu non eſt dubium, quin ſi ſibi conſultum volet, malit omnino priori ſtipulationi parere. Quod ſi non facit, manebit pœna, quam utiliter exigamus. Hæc cautio eſt in *d. L. ſtipulatio iſta, §. alteri, de verb. obl. §. alteri, Inſt. de inut. ſtip.*

VIII. Diceret aliquis, inutilem eſſe hanc ſtipulationem pœnæ. Quid enim, ſi nihil interſit noſtra alteri dari aut fieri? An non eſt contra finem omnium conventionum hanc actionem eſſe, ad pœnam petendum, cum conſtet inventas eſſe ſtipulationes ut unuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt? Et vero alteri dari aut fieri nihil intereſſe noſtra iiſdem locis traditur. Quid ſi etiam triplo aut quadruplo plus comprehenſum ſit pœnæ ſtipulatione, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit? An non ius manifeſtum ſtipulationi obſtabit, quod vetat promiſſorum ultra duplum periculum ſubire. *L. cum & forte, D. de act. empt. L. unica, C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* Et Ulpianus *ibidem* utrique iſti dubitationi occurrens, ratione ſubiecta, oſtendit nihil iſtorum obſtare, quominus in hac ſpecie pœnam utiliter ſtipulemur. *Pœnam enim*, inquit, *cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis.* Bene ait conditionem hic inſpici, ut ſignificet, promiſſore alteri non dante aut faciente, quod promiſit, iure certo effici, ut pœna promiſſa committatur, quanvis ſtipulantis non interſit. Quodcumque enim promittitur ſub conditione, in ea cauſſa eſt, ut conditione exiſtente debeatur. *L. a Titio, 108. D. de verb. obl.* Pœna autem promittitur ſub conditione, non ſi interſit ſtipulantis, ſed ſi promiſſor non dederit aut fecerit alteri, quod ſe illi daturum facturumve promiſit. Quare dum exſtiterit hæc conditio, ſolum hoc inſpici oportet, nec quidquam quærendum amplius ad pœnæ obligationem. Quod ait in pœna inſpici, quæ ſit, *conditione exſiſtente*, quantitas ſtipulationis, huc ſpectat, ut intelligatur quantacumque hæc promiſſa ſit, ſi factum non ſit, quod priore ſtipulatione comprehenſum eſt, tantum deberi. Neque hic adverſantur eæ leges, quæ vetant duplum eius quod intereſt, conventione excedi. Quantumcumque eſt enim in pœnali ſtipulatione, quod promittitur, id ſimplum eſt per ſe conſiſtens, non duplum, triplum aut quadruplum alterius rei; cum ad id quod intereſt, aut alterum ſimplum pœnæ quantitas non referatur, ut docui in *Lib. de eo quod intereſt*, circa fin. Illud notandum eſt, quod dicitur in pœna non illud inſpici, quid interſit ſtipulantis, ſic accipiendum eſſe, quid interſit ſtipulantis dari aut fieri alteri. Cæterum ut interſit eius, pœnam promitti, etiam in pœna, ut in reliquis ſtipulationibus, exigimus. Sunt enim ſtipulationes omnes in hoc inventæ, ut acquirat quiſque, quod ſua intereſt. *d. §. alteri.* Id autem fit in pœna hoc ipſo, quod quis pœnam ſibi ſtipulatur, non alteri. Sic enim hanc ſibi acquirit, & hactenus ſtipulatio illi eſt utilis.

IX. Sed ut bene ſe habeant cætera, tamen ſtipulationem pœnalem reiicere videtur ſola inutilitas prioris ſtipulationis, cui ſubiicitur. Primum cum principalis cauſſa non conſiſtit, placet nec conſiſtere acceſſiones. *L. cum principalis, D. de reg. iur. §. fideiuſſores, Inſt. de fid.* Pœnalis autem ſtipulatio præcedenti ſubiecta, illius prioris acceſſio videtur. Quo fit, ut priore inutili conſtituta, nec conſiſtere poſſit pœnalis. Quod ſi hoc cuiquam incertius eſt, quia dictum generalius; licet in ſpecie ipſa ſimilium ſtipulationum aperte

te ita ius eſſe oſtendere: ut quemadmodum ipſæ inutiles ſunt, ſic & ſtipulatio his ſubiecta ſit inutilis. Stipulatio impoſſibilis inutilis eſt, veluti hominem mortuum dabis? Huic ſubiectam ſtipulationem pœnæ, ſi eum non dederis, placet eodem modo eſſe inutilem. *L. ſi homo*, 69. *D. de verb. obl.* Similiter inutilis ſtipulatio, quæ eſt turpis. Et huic ſubiecta pœnalis ſtipulatio inutilis. *L. ſtipulatio hoc modo concepta*, 61. *D. eod.* Quis dubitet igitur & huic ſtipulationi, Titio dabis, facies? ſubiectam pœnalem ſtipulationem, quia inutili ſubiecta eſt, & ipſam neceſſe eſſe inutilem? Sed nihil horum movere nos debet. Nam quod ad regulam iuris attinet, quæ eſt de cauſſa principali, nihil hæc ad pœnam pertinet: quoniam pœnalis ſtipulatio non eſt [6] acceſſio prioris ſtipulationis. Argumento eſt, quod per ſe conſiſtere poteſt huiuſmodi ſtipulatio, ſi Titio oon dederis, feceris, decem dabis? *L. ita ſtipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Quæ per ſe valere poteſt ſtipulatio, ea non eſt omnino acceſſio ullius præcedentis. Nunquam enim acceſſoria obligatio eſſe poteſt ſine principali. Exemplo eſt obligatio fideiuſſoria. *§. fideiuſſores*, *Inſt. de fid.* Exempla autem ſuperiorum cauſſarum longe ſunt diſſimilia. Non enim in his ſtipulatio pœnalis inutili ſubiecta ideo inutilis eſt, quia prior erat inutilis; ſed quia pœnalis eodem vitio in ſeſe laborabat. Impoſſibili enim ſubiecta & ipſa eſt impoſſibilis, ut oſtendi ad *d. L. ſi homo*, 69. *de verb. obl.* Subiecta ſtipulationi turpi ipſa quoque eſt turpis, utpote delicti invitandi cauſſa ſubiecta. *d. L. ſtipulatio hoc modo*, 61. *D. eod.* Quod longe aliter fit, cum prius ſtipulor alteri quid dari aut fieri; & niſi dederis, feceris, ſtipulor pœnam. Nam illic ſtipulor alteri; in pœna ſtipulor mihi. Quæ res facit, ut hic priore vitio remoto contraria de cauſſa utilis eſſe debeat ſtipulatio.

X. Et generaliter de vi pœnalis ſtipulationis ita definiemus, nunquam ſtipulationem pœnalem præcedenti ſubiectam ideo inutilem eſſe, quia forte præcedens ſit inutilis: ſed tunc ſolum, cum ipſa per ſe proprio aliquo vitio & conditione ſua laborabit. Quodcumque autem impedimentum id erit, inutilem fore ſtipulationem etiam ſi præcedens ſit utilis. Tria ſunt autem vitia in ſumma, quæ incurrere ſoleant interdum in ſtipulationem pœnalem, quæ & ipſa inutilem ſtipulationem efficiant. Primum illud, ſi ſit impoſſibilis. Quod fit, cum impoſſibili conventioni ſubiecta eſt, ut ante dixi. *d. L. ſi homo*, *de verb. obl.* Secundum, si ſit turpis. Quod fit, cum ſubiicitur & ipſa turpi ſtipulationi, de quo & ante oſtendi. *d. L. ſtipulatio hoc modo*, *D. eod.* Tertium, ſi utili obligationi pecuniæ dandæ ſubiecta ſit ultra modum legitimum uſurarum. Utputa, convenit, ut ad diem pretium ſolveretur venditori, quod ſi ad eum diem non ſolveretur, convenit, ut duplum præſtaretur. Placet inutilem eſſe hanc conventionem pœnæ. In fraudem enim conſtitutionum videri adiectam, quod legitimam uſuram excederet. *L. Iulianus*, *§. ibidem*, *D. de act. empt.*

XI. Interdum & tacita conventione contrahentium fit, ne pœna quamvis ſummo iure commiſſa poſſit tamen exigi. Quod accidit, cum certum eſt nihil intereſſe ſtipulantis, atque adeo natura rel nihil intereſſe poſſe, ne ad affectionem quidem factum eſſe id, quod promiſſum erat. Ut, ſi ſtipulatus ſim te ſiſti iudicio certo die, & niſi ſtitiſſes, pœnam: tu autem non ſtiteris. Placet ſi poſt tres pluresve dies te ſiſtas, & tecum agendi poteſtatem facias, nec meum ius acturi factum ſit deterius: pœnam quidem ipſo iure commiſſam, ſed ſi petam, defendi te debere per exceptionem. *L. etſi poſt tres*, *D. ſi quis caut.* Scilicet quia apparet cautionem ſiſtendi tui eo ſpectaſſe, non ut te viderem in iudicio tantum, ſed ut tecum poſſem iudicio agere. Quare si licet poſt aliquot dies te ſiſtente idem ſine ullo damno facere, perſpicuum eſt tacite id agi, ne quid præſtes amplius. De quo ſcripsi in *Libro*, *de eo quod intereſt*, circa fin.

[6] Hopper. *Lib.* 3. *[illegible] pag.* 100. ita: Quando Lex prohibet, ſubiecta ſtipulatio pœnalis habet conditionem legibus improbatam & ſic impoſſibilem. Hic autem non eſt conditio impoſſibilis, ſed extra poteſtatem contrahentium. Non eſt contra legem, ſed præter legem, quæ non vetat alteri ſtipulari, ſed declarat ſecundum naturam fieri non poſſe, ut quis alteri obligatione-o acquirat. Sed Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 33. *& ſeq.* ita: Toties vitiata principali obligatione, non valet pœnalis, quoties quæ ratio in illa prohibenda vertitur, eadem in hac ut in *L.* 61. *de V. O.* Sed hic non eſt eadem ratio, verum ratio illius quod alteri dari mea non intereſt ceſſat in pœnali, qua agitur, ut mihi detur, tantumque intereſt, quanta eſt pœna. Sane in effectu hic unica eſt ſtipulatio, in ſolius ſtipulatoris perſona conſiſtens. Prior enim eſt poſterioris conditio ut hæc ex illius eventu confirmetur, Gœd *de Contr. ſtip. C.* 10. *Concl.* 3. *n.* 40. Quid ſi iuramentum ſtipulationi alteri factæ acceſſerit? Confirmari eam volunt Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58 *n.* 36. Pantſchman. *Lib.* 1. *Q.* 10. *n.* 61. Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 4. *n.* 17. Fachin. 3. *Contr.* 19. Seſſer. *Lib.* 2. *de Iuram. C.* 13. quia iuramenti non minor efficacia quam pœnæ adiectæ; quia naturalis obligatio hic adeſt (quod negandum, vid. *ſupra C.* 16. *N.* 1.) quia valet favore piæ cauſſæ; quia ius civile non reprobat huiuſmodi ſtipulationem, ſed tantum non adſiſtit, ſeu efficaciam denegat. Quia Deus, cui præſtatur iuramentum, partis præſentiam ſupplet. Quibus ego rationibus minime moveor.

Digitized by Google

& ad *L. ſi ſervum*, 91. § *ſequitur*, *numero* 12. in fin. *D. de verbor. obl.* Idem licet animadvertere in ſpecie. *L.* 2. §. *ult.* *D. de verb. obl.* ubi & annotavi.

C A P. XIX.

Ut a ſtipulatore ſtipulari alteri, quo ei acquiratur, inutile eſt: ita a promiſſore alium daturum facturumve inutiliter promitti. Sed huic vitio pœnali ſtipulatione, ſi alius non det aut faciat, ſubiecta occurri poſſe.

Præcipua altera lex in omni conventione promittenti impoſita quæ, I.
Spondens pro altero daturum eum facturumve, non obligatur. Contrariis occurritur. II. III.
Ne in eo quidem, ut promittat curaturum ſe, ut alter quid det aut faciat. Obiecta diluuntur. IV.
Niſi tamen qui alienum promittere videtur, factum potius ſuum promittat ex propoſito contrahentium: cuiuſmodi duplex ſtipulatio, ſeu promiſſio. V.
1. *Dominum rem ratam habiturum. Utilis hæc procuratoris ſtipulatio; & quatenus*. VI.
2. *Qua quis creditori conſtituit alium pro ſe fideiuſſurum. Huius ſtipulationis interpretatio duplex. Utilis utroque ſenſu; & altero etiam ſuperiori regulæ conſentanea*. VII. VIII.
Stipulanti inutiliter alienum factum adiectione pœnæ cavetur adverſus promiſſorem. IX.

I. ATque hæc de priore lege dicta ſunt, quam in fine conventionis & contractus omnis ius ſtatuit ſtipulanti, ſeu creditori futuro; eſtque hæc, ſibi ſtipulari & paciſci licere: alteri quo ei acquiratur, non licere. Altera lex ad finem contractus pertinens attingit promiſſorem. Hanc autem eſſe diximus, ſi quis quid promittit, eum de ſe promittere debere daturum ſe facturumve: idem promittere de alio non poſſe. De quo hæ ſunt ſententiæ iuris certi: ſi quis alium daturum facturumve id promiſerit, eum non obligari. §. *ſi quis alium*, *Inſtit. de inut. ſtipulat.* Et, factum alienum inutiliter promitti. *L. ſtipulatio iſta*, §. 1. *D. de verbor. obligation. L. ſicut*, *D. de fid.*

II. Sed videbitur fortaſſe potius convenire regulis iuris, ut dicamus eum qui factum alienum promiſit, obligari debuiſſe. Nam de iis, quæ promittuntur, hæc item iuris certi conſtitutio eſt: omnia quæ dari fierive poſſunt, utiliter in ſtipulatum, & conventionem deduci. *L. ſi ſtipulor*, 35. *D. de verbor. obligat.* At ut alius det aut faciat, quod eum daturum facturumve promiſimus, eiuſmodi eſt, ut facere & præſtare per rerum naturam poſſimus. Exempli gratia: Si promiſerim fabrum illum inſulam tibi ædificaturum certo loco, poſſum operas eius conducere mercede, atque hoc modo conſequi, ut tibi ædificet. Sed etſi promiſerim Titium tibi daturum fundum Cornelianum: poſſum a Titio fundum illum redimere, atque ita efficere, ut fundum tibi det. Conſequens erat igitur ſuperiori conſtitutioni, utrumque horum utiliter a me promitti, quod in ea cauſſa eſt, ut poſſit a me præſtari. Sed quod dicitur, quæ dari fierive poſſunt, utiliter in conventionem deduci, ſic intelligendum eſt, ſi nihil aliud impediat, quam conditio rei promiſſæ. Nam ſi aliud impedit, æque inutilis ſtipulatio & conventio eſt, quæcumque res ſit promiſſa. Hoc poſito, de facto alieno reſpondeo, ac concedo, hoc promiſſo, non debere videri rem promittenti impoſſibilem promiſſam eſſe, ut [1] vulgo ad ſuperiorem obiectionem removendam huius inutilitatis ratio redditur. Satis enim exempla ſuperiora indicant, ut alius det aut faciat, a nobis aliquo modo obtineri poſſe. Sed cum hoc conceſſum fuerit, eſt aliud, quod obſtet alieni facti promiſſioni. Sine quo cum regula ſuperior incidat in reprehenſionem, non abs re eſt, quod eius iuris ratio quæritur.

III. Ea autem eſt, quæ redditur a Paulo in *L. inter*, D. de verb. obl. *Alius pro alio promittens*, inquit, *daturum facturumve eum, non obligatur: quia inter*

1) Gomez. 2. *Reſol.* 30, *n.* 23. quem taxat ibid. Eman. Soarez. in *Annot. N.* 18.

Digitized by Google

ter ſtipulantem & promittentem negotium contrahitur. Unde intelligitur alterutrum ex his obligari debere, ſi negotium, ideſt obligationem contractam volumus. De ſtipulatore certum eſt non eſſe eum, qui obligetur, cum id agatur contra, ut ipſe alium ſibi obliget. Relinquitur igitur promiſſorem eſſe eum, quem obligari oporteat, qui remoto ſtipulatore ſolus eſt, cum quo negotium geritur. Atque hinc rurſum ſequitur ipſum de ſe promittere debere, non autem alium daturum facturumve. Nam inquit (quæ eius aſſumptio eſſe debuerat) ut quis obligetur, de ſe quemque promittere oportet. Vera & certa ratio; ſed quæ fiet certior, faciliuſque ſe nobis probabit, ſi paulo pluribus explicata propoſita fuerit, hoc modo. Omnis ſtipulatio & conventio dandi præſtandive aliquid inutilis eſt, ex qua nemo obligetur; cum ſint comparatæ omnes, ut aliquem nobis obligent. *Inſtit. de verb. obl.* At cum quis promittit alium daturum facturumve, his verbis nemo obligatur. Neceſſe eſt igitur omnem huiuſmodi ſtipulationem & conventionem eſſe inutilem. Neminem obligari, cum quis alium daturum facturumve promittit, ita demonſtratur. Aut enim hac promiſſione volumus alium obligari, aut eum qui promittit. Alium hac promiſſione promiſſor non obligat, quia alium contractu & facto ſuo obligare non potuit. *L.* 3. in fi. *C. ne ux. pro mar.* Nemo enim ullo facto ſuo poteſt conditionem alterius facere deteriorem. *L. ſolvendo, D. de neg. geſt.* Rurſum ſe hac promiſſione non obligat promiſſor, quia obligare ſe [1] noluit. Non enim promittit ſe daturum. Nullus autem contractus, nulla inde obligatio ſine conventione & conſenſu. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Sed etſi quis eum velle obligari proponeret: tamen ideo his verbis non obligaretur ſtipulatione, quia verbis non cavit. Nulla autem ſtipulatio, niſi de re verbis comprehenſa. *L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl.* Et in ſumma, qui alium daturum facturumve promittit, alium non obligat prohibente iure: ſe non obligat, ceſſante voluntate, ut in ſimili re dicitur in *L. ſi genero, C. de iur. dot.* Quod ſi nemo hac conventione atque his verbis obligatur neque promiſſor ipſe neque alius: redimus neceſſario ad ſuperiorem complexionem, inutilem eſſe nimirum eam omnem conventionem. Neque hoc aliter probatum eſt a veteribus in his ſtipulationibus: alium ſiſti promittis, de qua in *L. quoties quis*, 81. *D. de verb. obl.* &, mihi rem emptam habere licere ſpondes, de qua in *L. ſtipulatio iſta*, 38. *D. eod.* Etſi enim verbis prioris hoc promittitur fore, ut aliquis illum alium ſiſtat, ſive is promiſſor eſt, ſive extraneus, ſive ipſe de quo ſiſtendo agitur: etſi item verbis poſterioris hoc continetur, mihi habere licere non tantum per te, heredemve tuum, ſed etiam per omnes quanvis extraneos: tamen ad vim ſtipulationis hoc reſpondetur, quatenus promiſſor de ſe & facto ſuo ſpondet, ſtipulationem valere; quatenus ſpondet de alio, eſſe inutilem. Quæ Ulpiani diſputatio eſt in *d. L. ſtipulatio iſta*, in pr. & §. 1.

IV. Hic tamen ex diſſidentibus in ſpeciem locis oritur pleriſque dubitatio, an non is qui promittit alium daturum facturumve, ſaltem obligetur, ut curet, quo ille det aut faciat: quaſi videatur promiſſor ſuperioribus verbis promiſiſſe ſe hoc curaturum; ut ſi cura ſua id obtinere poteſt, id præſtet; ſi non præſtet, hic demum non teneatur; quia impoſſibilium nulla ſit obligatio. *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.* Sed ſi recte definitur, eum qui alium daturum facturumve promittit, non obligari; item factum alienum promitti inutiliter, quibus verbis in hac re explicanda regulæ veterum conceptæ ſunt: *d. §. ſi quis alium, Inſtit. de inut. ſtip. d. L. ſicut. D. de fideiuſ. d. L. ſtipulatio iſta*, §. 1. *de verbor. obl.* planum fit, eum qui alienum factum promittit, nec promittere ſe curaturum, ut id fiat, nec ad eam rem obligari. Alioqui & promitteret factum ſuum, & promitteret utiliter, & obligaretur. Ut de eo qui promiſit aperte ſe curaturum, ut alius det, diſerte ſcriptum eſt in *d. §. ſi quis alium, Inſt. de inut. ſtip. L. illa*. 67. §. 1. *D. de verb. obl.* Moventur nonnulli in contrariam ſententiam *L. in illa*, 50. *D. eod.* ubi in hac ſtipulatione, *per te non fieri*, quominus mihi ire agere per fundum tuum liceat, placet non hoc ſignificari tantum, nihil te facturum, quominus poſſis: ſed etiam curaturum, ut facere poſſis. Sed certus error eſt, si quis in hac ſtipulatione *per te non fieri*, putat promitti factum alienum. Promiſſor promittit ſuum; nempe per ſe non futurum, quominus mihi ire agere liceat. Tantum quid his verbis contineatur, quæritur. Ulpianus ait his etiam illud ſignificari,

[1]) Cuiac. 12. *Obſ.* 36. Si nihil de ſe aliquis promittat, iam non negotium cum eo gerimus, ideoque quaſi ex negotio cum eo non contracto, nulla adverſus eum obligatio. Hinc apud Homer. *Odyſſ.* 8. Vulcanus Neptuno, promittenti Martem præſtiturum quod deberet, non acquieſcit, vid. Gæd. *de Contr. ſtip.* C. 6. *Concl.* 16.

cari, promiſſorem curaturum, ne alius me prohibeat. Recte ex verborum uſu & proprietate. Nam per te non fieri, nihil aliud eſt veteribus, quam in te culpam non futuram, vel culpa tua factum non iri, quominus mihi liceat id, de quo cautum eſt. Ut cum dicitur per debitorem fieri, vel ſtare, quominus rem promiſſam det, quæ verba ſunt usitata veteribus, ut in *L. ſi ex legati*. 23. *D. de verb. obl. L. quod te, D. ſi cert. pet.* nihil aliud significant veteres, quam culpa, aut mora debitoris fieri, quominus det. *L. ſi ſervum*, 91. §. *ſequitur, D. de verb. obl. L. is qui, D. de obl. & act.* Iam vero culpa promiſſoris in propoſita ſpecie non tantum eſt, si ipſe me impediat quominus eam agam: ſed etiam si alios qui me impediunt, non prohibeat, si poteſt. *arg. L. nullum, D. de reg. iur.* Quare & hos quoque ſe quoad poteſt, prohibiturum, id eſt ubique factum ſuum promisiſſe intelligitur. Quod si qui sint, qui mihi obſtent, quos ille prohibere non poſſit, quia extra culpam eſt, ideo placet nec eum eo nomine teneri; quia nec de his quidquam promiſerit. *L. fluminum*, §. *quanquam, D. de dam. inf.* Quæ si ita ſunt, rata eſt in omnes partes lex ſuperior, si quis quid promittit, eum de ſe promittere debere: alium daturum facturumve si promittat, nullam hinc eſſe obligationem, ubi nec alius obligetur, quia non poteſt; nec promiſſor, quia non vult.

V. Quod tamen sic accipiendum eſt, nisi aliunde conſtet hoc ſentire atque hoc agere contrahentes, ut ſub alieni facti promiſſione promiſſor de ſuo promittere intelligatur. Quod in his duabus promiſsionibus receptum eſt, in ſtipulatione, rem ratam dominum habiturum, quam procurator alieno nomine agens cogitur initio exponere, cum de mandato domini non conſtat: & cum quis conſtituit Titium pro ſe fideiuſſurum apud creditorem.

VI. Qui promittit dominum rem ratam habiturum, aperte promittit alium facturum. Recepta tamen hæc ſtipulatio eſt citra controverſiam, atque adeo inducta eſt edicto prætoris, quod exſtat in *L. ſervum*, §. *ult. D. de proc.* ex qua & promiſſorem obligari placet in id quod ſtipulantis intereſt. *L. ſi commiſſa. L. ſi procurator, D. rem rat. hab.* Nempe ideo quod cum sit prætoria, *d. L. ſervum*, §. *ult. de proc. L.* 1. *D. de præt. ſtip.* legem & interpretationem accipit de mente prætoris, qui eam propoſuit, ut & reliquæ prætoriæ. *L. in conventionalibus*, 52. *D. de verb. obl.* Certum eſt autem mentem hanc eſſe prætoris in ea ſtipulatione proponenda, ut ſit utilis: neque id ſit aliter, quam ſi id agatur, ut domino ratum non habente procurator præſtet id, quod ſtipulantis intereſt. Quare etiam in hanc partem ſtipulationem valere oportet.

VII. Similiter & qui conſtituit creditori certam perſonam fideiuſſuram pro ſe, his verbis alium facturum conſtituit. In hoc tamen conſtituto ſcriptum eſt in *L. qui autem*, §. *ſed etſi quis, D. de pec. conſt.* debitorem nihilominus teneri. Hoc ideo, quod debitor de certa perſona pro ſe fideiuſſura cavens creditori, verbis factum illius perſonæ, re autem vera promittit ſuum. Intelligitur enim hoc dicere, illam perſonam ſe daturum, quæ pro ſe fideiubeat. Hæc mens & ſententia contrahentium liquet ex iis, quæ aguntur in hac fideiuſſione. Scimus enim debitorem de fideiuſſore pollicentem non id agere, ut alius fideiubeat, ſed ut ipſe det fideiuſſorem. Idque ipſum & creditor poſtulat, qui ſibi cautum vult, fideiuſſore dato. Atque hæ præfationes ſunt, quæ agitari ſolent priuſquam ad ſuperius conſtitutum veniatur. Quapropter & ad hanc cogitationem conſtitutum ſequens referendum eſt, & ex præfationibus interpretandum. Omninoque huc pertinet, quod placuit quæ in præfationibus concipiuntur, etiam in ſtipulationibus ſequentibus repetita credi. *L. Titia*, 134. §. 1. *D. de verb. obl.*

VIII. Dici etiam poteſt, & fortaſſe tutius & verius, ne hanc quidem ſtipulationem poſteriorem excipi debere, magiſque eſſe, ut pariter non valeat, quia conceptione ipſa factum alienum continet, iuxta *L. ſicut, inf. de fideiuſſor.* Nec contrarium probari in *L. qui autem*, §. *ſed etſi, ſup. de pec. conſt.* Sic enim *illic* Ulpiani verba ſunt: *ſed & ſi quis certam perſonam fideiuſſuram pro ſe conſtituerit.* Quæ verba fateor ſic accipi poſſe, quaſi dixiſſet, ſi quis conſtituerit fore, ut pro ſe certa perſona fideiuberet his verbis: ille pro me fideiubebit, idque eum ita facturum tibi conſtituo. Sed poſſunt ſic quoque accipi, quaſi dixiſſet, ſi quis conſtituerit certam perſonam ſe daturum pro ſe fideiuſſuram, ideſt quæ pro ſe fideiuſſura ſit, ſeu quæ pro ſe fideiubeat. Hoc vero accipi & uſui iuris auctorum, & menti Ulpiani eſt convenientius. Primum ſic uſus eſt loquendi veteribus in toto argumento *de pecunia conſtituta*, ut dicant aliquem vel pecuniam, vel quid aliud conſtituiſſe, pro eo quod eſt, conſtituiſſe aliquem ſe pecuniam, vel quid aliud daturum, ſoluturum. *L.* 1. §. 1. §. *an poteſt*, §. *ult.*

§. *ult. L.* 3. §. 1. *L. hactenus*, §. 1. *L. ſed etſi*, ſeq. & paſſim. *ſup. de pec. conſt.* atque hi loci quos indicavi, fere omnes ſunt Ulpiani. Nihil alienum fecit ille a conſuetudine cæterorum & ſua, ſi dixit aliquem conſtituere certam perſonam ſe daturum fideiuſſuram. Tum autem hoc illi ſic accipi, inſtituto eius & præcedentibus plane convenit. Prius enim quæſierat, an conſtitutum valeat: ſi quis conſtituerit ſe pignus daturum, admiſerat valere. Cum de fideiuſſore continenter ſubiicit; conſentaneum eſt hoc idem eum, & de fideiuſſore ſtatuere eadem conditione, ſi quis conſtituerit ſe certam perſonam fideiuſſuram daturum. Et certe pares caſus eum coniungere declarat coniunctio ſubiecta his verbis: *ſed etſi quis certam perſonam conſtituerit*. Hoc enim idem valet ac ſi diceret: ſi quis conſtituerit ſe pignus daturum; obligatur. Idem dicendum eſt, & ſi quis certam perſonam fideiuſſuram, ideſt fideiuſſorem ſe daturum conſtituerit. Niſi quis putat Ulpianum eo loco de fideiuſſoris conſtituto dubitare propter conceptionem eius conſtituti, eo quod quis conſtituiſſet alium facturum. Quod non ita eſt. Ideo enim dubitatur de eo conſtituto, quia qui conſtituit ſe fideiuſſorem daturum, aliud videtur conſtituere, quam quod debetur, ſimiliter ut cum conſtituit ſe pignus daturum. Quod repugnante edicto fieri videtur. *L.* 1. §. 1. *L. hactenus*, ſup. *de pec. conſtit.* Hoc ſenſu nihil proponitur ex *d. L. qui autem*, §. *ſed etſi quis*, *de pec. conſt.* cur in ea ſpecie, quam poſteriorem poſuimus, a regula iuris recedatur. Mihi vero re paulo accuratius expenſa, & locum ita accipiendum eſſe; & propterea ne in ea quidem ſpecie a regula iuris diſcedendum, probabilius videtur & melius.

IX. Hactenus de iure ipſius promiſſionis dictum eſt, cum hoc diſſeruimus inutilem eſſe promiſſionem, ſi quis alium daturum facturumve promittat. Ita eſt, iure hoc promittitur inutiliter, ubi nemo ad id præſtandum obligatur. Cæterum ſi longius progredi volumus, in promptu cautio eſt, qua nobis in eum eventum proſpiciatur, ſi ille alius non det aut faciat id, de quo cautum erat. Licet enim a promiſſore ſtipulari 3 pœnam, aut quod noſtra intereſt, ſi id ille alius ita non dederit, aut fecerit. Quod ſi promittit, & utilis ſtipulatio eſt iſta ſequens, in qua promiſſor promittit non iam alium daturum, ſed ſe: & id conſequor, quod volebam: quoniam nec conſequor aliud, ſi priore ſtipulatione obligatus eſſet promiſſor, aut ille alius, quem daturum facturumve ſpopondit. Hæc cautio eſt in *d. L. ſtipulatio iſta*, 38. §. 1. *de verb. obl.*

CAP.

3) Quæ committitur, etſi promiſſori nulla culpa cur ab alio factum ſit vel non, imputari poſſit, Gœd *ad L.* 69. *de V. S.* n. 5. imo & ſi ſerio ac modis omnibus conatus eſt ut fieret ab illo, de quo promiſit. vid. Pachin 3. *Contr.* 20. Sed num adiectio iuriſiurandi firmat promiſſionem facti alieni? Quidam putant, ac committi obligationem ad id quod intereſt ſcribunt Gomez. 2. *Reſol.* 10. *n.* 23. contra Eman. Soarez. *in Annot ibi. N.* 19. quia hic iuſiurandum in promittente maiorem temeritatem arguit, ideoque nec fortiori vinculo illum obſtringit: add Ierem. Setter. *Lib* 1. *de iuram. C.* 17. *n.* 31. Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 6. *n.* 203. *&* 2. *ſeqq.*

Digitized by Google

C A P. X X.

In ſtipulationem & conventionem omnem ad obligandum alium comparatam deduci aut res aut facta. De rebus: & quæ quibus de cauſſis, quibuſve in contractibus non recipiant, aut recipiant obligationem.

Nulla conventio aut contractus ſine re, quæ præſtetur, poteſt conſiſtere. I.
Eorum quæ præſtanda, uti ſubiecta obligationi materia, duo genera: res & facta: utraque quid ſint; quatenus diſtinguantur. II.
Utraque promittuntur utiliter, ſi ea conditione ſint, ut eadem dari fierive poſſint. Illa ſeu lex, ſeu conditio in rebus alia, alia in factis. III.
Recte in obligationem deducitur res omnis, quæ dari, aut haberi conditione ſua poteſt. Quæ aut dari omnino non poſſunt, aut ſtipulanti dumtaxat, eorum nulla obligatio. IV.
Quæ dari non poſſunt ſtipulanti, horum tria genera; & quæ. V.
1. *Quæ in natura rerum non ſunt, obligationum quaſi materies eſſe non poſſunt.* VI.
Res futuræ nihilominus in obligationem recte deducuntur. Quæ id genus exempla. VII.
2. *Res commercio exemptæ. Species harum quatuor.* VIII.
1. *Exemptarum omni commercio; quarum nulla obligatio; ſed in quibuſdam iuſtis de cauſſis excepta venditio.* IX.
2. *Commercio non omnium, ſed certarum perſonarum dumtaxat. Id genus ſtipulatio inutilis in ſtipulante, ſecus in promittente. Ratio differentiæ.* X.
3. *Rerum, quarum nulli commercium, ſed quibuſdam omnis interdicta alienatio: & quæ huiuſmodi.* XI.
4. *Rerum quarum, ex cæteris cauſſis alienatione permiſſa, ſola eſt interdicta venditio. Hæ autem quæ.* XII.
Superioris generis ſpecies, uti commercio, aut alienatione exemptas, etſi primario & per ſe fruſtra in obligationem deducantur: ſecundario deduci aut per acceſſionem alterius rei, aut per univerſitatem ſucceſſionis. XII.
Quomodo per acceſſionem rei alterius. XIV.
Quomodo per univerſitatem ſucceſſionis. XV.
Interdum & rei commercio exemptæ primario & per ſe facta venditio utilis emptori, & quatenus. Contraria refelluntur. XVI. XVII.
3. *Dari nequeunt, nec in ſtipulatum deduci res noſtræ. Et quare.* XVIII.
Ideo & nulla emptio, conductio, depoſitum aut pignus rei noſtræ eſſe poteſt. XIX.
Rem noſtram ſola, & abſoluta proprietas facit; & quæ ſit eiuſmodi. XX.
Rei noſtræ ſtipulatio aut emptio inutilis quomodo interpretanda; & quæ hic obſervatu digna. XXI.
Concluſio, & tranſitio. XXII.
Quarum rerum, quod dari non poſſunt, inutilis eſt omnis ſtipulatio, & conventio; illarum vice nec æſtimatio debetur, aut pœna; & quæ in utraque ratio. XXIII. XXIV.
Nec rerum conditione mutata, quæ inutilis ſtipulatio ab initio, deinde convaleſcit. XXV.
Valebit tamen ſuperiorum rerum ab initio conventio ſub illa conditione concepta: cum res dari poterunt. XXVI. XXVIII.
Exceptio. XXVII.
Res quæ dari poſſunt, omnes in ſtipulatum & conventionem utiliter deducuntur, etiam incorporales; & quæ huius generis. XXIX.
Corporales & ſi alienas in ſtipulatum & conventionem utiliter deduci. XXX.
Excipiuntur in emptione res furtivæ, ſecus in ſtipulatione. Quæ diſcriminis ratio. XXXI. XXXII.

I. Ut conventio omnis obligationis contrahendæ cauſſa comparata ſuo fine ſuperiore conſtat: ita in primis rebus promiſſis, ac ſine re, quæ præſtetur, nulla conventio huius generis, nullaque omnino obligatio eſſe poteſt. Id adeo indicat finis ille contractuum, nec contractuum tantum, ſed & obligationum omnium.

omnium. Quem hunc eſſe ſummum diximus, ut quid detur aut fiat. *L.* 3. *D. de obl. & act.* Sic enim ſemper ſubeſſe oportet, quod hic dari aut fieri debeat. Itaque quod de emptione ſcriptum eſt in *L. nec emptio. D. de contr. empt.* nec emptionem nec venditionem ſine re, quæ veneat, poſſe intelligi, ad omnes contractus pertinet.

II. Quæ in obligationem deducantur, vel hinc apparet duo eſſe: res, & facta. Quæ & totidem ponuntur in §. *ult. Inſtit. de verb. obl.* Sic enim hic res vocantur, quæ dantur: facta ea omnia, in quibus nihil datur, ſed extra cauſſam dandi fit aliquid, quodcumque id ſit, quod fiat. Utrumque verbo, alioqui per ſe generali, ad ſpeciem contracto, dum iſta inter ſe opponuntur. Nam alioqui & facta omnia, ut ſupra oſtendimus, ſunt res: & contra quæcumque res dicuntur, in his dandis inſunt & facta. Eamdem rationem loquendi licet animadvertere, cum aliis verbis ſententia eadem dicuntur ſtipulationum aliæ in dando eſſe, aliæ in faciendo. *L.* 2. *D. de verb. obl.* Nam & in dando ſunt res, & in faciendo facta: & tamen cum generaliter loqui volumus, etiam dare [1] facere eſt. *L. verbum facere, D. de verb. ſignif.*

III. Ut quid horum ex ſeſe utiliter promittatur, deducaturve in obligationem, una hæc in eo conditio & lex eſt, ut dari, fierive poſſit, quod promittitur. Quorum utrumque quia aliter in rebus, aliter in factis accidit, ita ferente earum rerum conditione: ideo quid poſtulent hæ conditiones in rebus primum, deinde in factis, ſeparatim dicemus.

IV. Res omnis ad dandum utiliter in obligationem conventione deduci poteſt, quæ conditione ſua dari, haberi poteſt. Quæ aut in totum dari non poſſunt, aut non poſſunt ſtipulanti; ſi convenerit, ut ei dentur, conventio non conſiſtit, neque hinc ulla obligatio eſt. *L. ſi ſtipulor,* 35. *D. de verb. obl.* Et certe abſurdum eſt, ac non tantum iniquum, exigere a quoquam, ut præſtet, quod præſtari omnino non poteſt, ſive de re danda agatur, quæ non poteſt dari, ſive de eo faciendo, quod fieri non poteſt. Hinc regula iuris ad utrumque genus pertinens, impoſſibilium nullam eſſe obligationem. *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.*

V. Quæ res ſtipulanti dari non poſſint, ac propterea ut dentur in conventionem deducantur inutiliter, earum rerum genera ſunt tria. Quædam enim ideo dari non poſſunt, quia non ſunt in rerum natura. Quædam ideo, quia cum ſint; exemptæ ſunt commercio. Quædam cum ſint privatæ, & alienatione liberæ; tamen iam noſtræ ſunt, ut amplius dari nobis non poſſint: quæ & ipſa genera licet animadvertere potiſſ a Iuſtiniano, etſi exemplis tantum ad unumquodque eorum accommodatis notata, *Tit. Inſt. de inut. ſtip.* in pr.

VI. Primum genus eſt earum rerum, quæ non ſunt in rerum natura: ut ſi promittatur, homo vel bos mortuus, domus incendio comſumpta, navis diſſoluta, aut quæ naufragio periit. Ergo ſi quis Stichum, aut bovem, qui mortuus ſit ſtipuletur, inutilis eſt ſtipulatio. *d. tit. de inut. ſtip.* in pr. *L. ſi homo,* 69. *D. de verb. obl.* Supervacuum eſſet hoc monere, ſi tantum hoc diceretur, neminem ad hominem, aut bovem mortuum dandum obligari, quia quod non eſt, dari non poſſit. Quis eſt enim qui id ignoret? ut profecto in eo, non fuerit opus præceptis iuris. Sed definitio progreditur longius. Huc enim ſpectat ut intelligamus, huiuſmodi re promiſſa, ita nullam eſſe inde obligationem, ut nec debeatur æſtimatio mortui, nec pœna, ſi forte hanc ſim ſtipulatus, ſi mortuum non dederis: quanvis conſtet & æſtimationem & pœnam natura præſtari poſſe. *d. L. ſi homo, D. de verb. oblig.* Quod ius cum pertineat ex æquo ad omnem conventionem dandi in his rebus quæ dari non poſſunt, de eo poſtea expoſitis ipſis generibus iſtarum rerum in commune dicetur. Quod de homine aut animali iam ante mortuo, deque ſtipulatione in quam iſta deducta ſunt, diximus: idem de aliis rebus omnibus intelligendum eſt, quæ cum eſſent prius, poſtea eſſe deſierunt: idem & de omni alia conventione, in quam res iſtæ deductæ fuerint. Earum uti ſtipulatio nulla eſt: ita nec emptio nec venditio, nec omnino ulla conventio conſiſtit. Ideo placet, domo vendita, quæ prius conſumpta eſſet, nullam eſſe emptionem, neque inter ignorantes, neque inter ſcientes, ſi tota domus abſumpta ſit. Quod ſi ſuperſit adhuc pars aliqua eius domus, quæſtionis eſt, an propter partem valere

1) Verbum facere varie accipitur. Stricte & proprie, quando aliquis rei faciem, ut ait Varro 5. *de Ling. Lat.* imponit. Ubi refertur ad opera quæ ſub ſenſum cadunt ac diſtinguit ab *agere* ſicut Græce ποιεῖν & πράττειν. Sic in *L.* 72. *de V. O.* (2) Latius ut in *L.* 4. §. *Cato* 1. *de V. O.* continens etiam id, quo abſoluto, nihil oculis obiicitur, & opponitur dationi in *L.* 2. *d. t.* (3) Latiſſime & dationem quoque complectitur, *ita* Duar 1. *Diſp.* 59. add. Curt. 2. *Conieſt. ad freq.* 3. Gœd. *ad L.* 218. *de V. S.* & *de Contr. ſtip. Cap.* 6. *Conci.* 14. *n.* 178.

debeat emptio & venditio, & quatenus. In qua quæſtione tota quid ſervandum ſit, compreheſum eſt *L. domum*, & ſeq. *D. de contr. empt.*

VII. Sed cum dicimus res quæ non ſunt, in obligationem deduci non poſſe; res accipere debemus, quæ nec ſunt, nec eſſe poſſunt; quales ſunt res ſuperiores, homo mortuus, domus incendio conſumpta. Quæ autem nondum ſunt, futura tamen ſunt, aut eſſe poſſunt, de his utilis eſt & ſtipulatio, & emptio, & omnis alia conventio. Nam huius generis, res percipi poſſunt partim natura, ut [2] fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus; partim caſu, ut captus piſcium, avium, miſſilium: placet iſtarum rerum omnium receptam eſſe emptionem, quæ alioqui ſine re eſſe non poteſt: diciturque in his poſterioribus emptionis alea. *L. nec emptio, D. de contr. empt. L. cum hereditatem, D. de her. vel. act. vend.* Nec minus & de iiſdem rebus aliæ conventiones valent. Quatenus cuiuſque natura & obligatio patitur. *L. interdum*, 73. *L. ubi*, 75. *§. illud, D. de verb. obl. L. & quæ nondum, D. de pign.*

VIII. Secundum genus rerum quæ dari non poſſunt, eſt earum quæ in rerum natura cum ſint, commercio ſunt exemptæ. Cuius generis quatuor ſunt ſpecies, ac totidem earum, quæ ex hac cauſſa inutiliter deducuntur in obligationem.

IX. Quædam ſunt, quæ in totum exemptæ ſunt hominum commerciis; eædem illæ quæ dicuntur non eſſe in bonis, aut patrimonio cuiuſquam. In hac cauſſa ſunt, natura liber homo, iure gentium res publicæ omnium aut populi, more & inſtituto civitatis res quæ dicuntur divini iuris, [3] ſacræ, religioſæ, ſanctæ; item res univerſitatis, ut theatra, ſtadia, baſilicæ, & quæ loca ſunt civitatis publica. Sic enim hæc genera iſtarum rerum diſtinguuntur in *L. ſi in emptione*, 34. *§. omnium, D. de contr. empt.* Ergo has res ſi quis ſtipuletur, quia minime omnium dari poſſunt, inutilem ſtipulationem eſſe conſtat. *L. inter*, 83. *§. ſacram, D. de verb. obl. §. idem iuris, Inſt. de inut. ſtip.* Similiter earum rerum neque emptionem, neque venditionem, neque aliam ullam conventionem conſiſtere placuit. *L. ſed Celſus*, 6. in pr. *d. L. emptione, §. omnium, D. de contr. empt.* Eodem numero habentur & venena [4] mala ad nullam rem apta, niſi ad nocendum. Hæc ut noxia, & periculi flagitioſi plena, haberi prohibentur, eoque & dari. Ex quo eſt, quod placet huius generis venenorum non contrahi emptionem. *L. quod ſæpe*, 35. *§. veneni, D. de contr. empt.* In his tamen rebus quædam exceptæ, in quibus iuſtis de cauſſis venditio conceſſa eſt. Res ſacras mobiles, etiam quæ ut ſacræ venduntur, placuit, ſi neceſſitas urgeat, piis de cauſſis vendi poſſe, ut ad alimoniam pauperum, aut redemptionem captivorum, ubi eccleſiæ facultas ad eos ſumptus aliunde non ſuppetit. De quo diximus ſupra in iure rerum ſacrarum *Lib.* 4. *Cap.* 1. Liber homo ſi ſe ad pretium participandum vendi paſſus ſit, ita conſiſtit emptio, ut & efficiatur ſervus, qui venditus eſt *§. penult. Inſt. de iur. perſ.* de quo diximus in ſervis *Lib.* 2. *Cap.* 9. Poſtremo patri permiſſum eſt in extrema paupertate victus cauſſa filium filiamve vendere, *L. ult. C. de patrib. qui fil. diſtr.* ſic tamen, ut effectus venditionis ad certum tantum modum procedat, qui eadem lege comprehenſus eſt. Et de eo diximus in iure patriæ poteſtatis, *Lib.* 2. *Cap.* 25.

X. Secunda huius generis ſpecies eſt earum rerum, quarum commercium eſt inter cæteros omnes: tamen certis [5] perſonis eſt interdictum. Huiuſmodi eſt mancipium Chriſtianum Iudæo, vel pagano, a quibus id mancipium per conſtitutiones haberi poſſideri non poteſt, interdicto his eius mancipii omni commercio. *Tit. C. ne Chriſt. manc.* De harum rerum ſtipulatione interpoſita inter eos, quorum uni negatum eſt rei commercium, Ulpiani diſtinctio eſt, cum de vi eius ſtipulationis quæritur, extatque ea diſtinctio in *L. multum*, 34. D. de verb. obl. *Multum intereſt*, inquit, *utrum ego ſtipuler rem, cuius commercium habere non poſſum, an quis promittat. Si ſtipuler, inutilem eſſe ſtipulationem placet; ſi quis promittat; ipſi nocere, non mihi.* Differentiæ ratio non obſcura. Nam ei, cui commercium interdictum eſt, dari huiuſmodi res non poſſunt. Neque vero dandæ ſunt, ut pœna legis maneat, qua iſti

aſti-

2) De obligatione fructuum futurorum vid. Io. Copus *Lib.* 1. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 2 *&* 3. *ſeqq.* In Gallia conſtitutionibus regiis, frumentorum quæ in herbis ſunt venditio vetita, præcidendæ occaſioni onerandæ annonæ, Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Privil. ruſt. P.* 1. *C.* 5.

3) Vid. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S & de Contr. ſtip. C.* 6. *n* 27 *& ſeqq.* Huiuſmodi ſunt & reliquiæ ſanctorum, ſignificatæ per martyres, *in L.* 3. *C. de SS. Eccl.* Cuiac. *ad L.* 4. *D. de contr. empt.* De locorum publicorum alienatione quando licita, Cæpolla *de Serv. ruſt. C.* 3. *n.* 22. *& ſeq.*

4) Unde Catoni Uticenſi obiectum ſcribit Plinius, quod Cantharides in auctione regia vendidiſſet. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 10. vid. Gœd. *ad L.* 236. *de V. Sign.*

5) Vid. Hopper. *Lib.* 3. *[illegible] pag.* 82. *&* 2. Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 19. *& de Contr. ſtip. C.* 6. *Conſilſ.* 10.

afficiuntur lege. Contra qui promittit, etſi prius eſt, ut dominus efficiatur rei interdictæ, quam ſtipulatori dando in eum transferat: tamen cum ſic accipit, ut det, & dat re vera, rem habere non videtur. Non enim intelligitur capi aut pervenire ad aliquem, quod manſurum non eſt. *L. aliud eſt capere, D. de verbor. ſignif.* Præterea hæc etiam legis mens eſt, ut cum alicui interdicitur commercium, ut is eam rem alteri promittendo, obligetur. Interdicitur enim ei commercium pœnæ cauſſa. Non convenit, ut quod pœnæ cauſſa adverſus eum conſtitutum eſt, id ipſius lucro & præmio cedat. Quod tamen fieret, ſi promittens eo nomine non obligaretur.

XI. Tertia ſpecies eiuſdem generis eſt earum rerum, quarum nulli in totum interdictum eſt commercium: ſed cum ſint in dominio privatorum, a quibus & recte habentur poſſidentur, tantum his ipſis alienatio eſt interdicta. In hoc numero ſunt hæ res, prædium dotale; prædium ſeu res immobilis donata propter nuptias; ſervus, qui in fuga eſt; tigna ædibus iuncta, aut inde exempta; eunuchi; res litigioſa. Prædii dotalis alienationem interdictam eſſe conſtat. *L. 4. L. dotale. 13. D. de fund. dot. Inſt. per quas perſ. nobis acq.* Ideo nec huius venditio, nec alia quævis conventio transferendi cauſſa interpoſita valet. *L. cum vir, 42. D. de uſuc. L. 2. D. de fund. dot.* Nec minus immobilis rei donatæ propter nuptias alienatio eſt interdicta, conſtitutione Iuſtiniani. Nov. 60. *ut immob. ant. dov.* §. 1. Sequitur igitur ut huius venditio, & ſi qua alia de ea re transferenda conventio intervenerit, eodem iure habeatur. Et ſervum, qui in fuga eſt, alienare non licet. Proinde nec vendere, aut donare; exceptis coheredibus & ſociis, quibus in diviſione communium rerum licitationem de fugitivo ſervo invicem facere permiſſum eſt. *L. in fuga, C. ad leg. Fab. de plag. L. 2. D. eod. L. quod ſæpe, §. ſi quis amico, D. de contr. empt.* Tigna quoque ædibus iuncta alienari non poſſunt: nam nec legari. *L. cætera, 41.* in pr. *D. de leg. 1.* Unde intelligimus, ſi vendantur, aut ſi qua alia conventio de his transferendis interponatur, multo minus valere emptionem, aliamve conventionem. Sed & illud vetitum, ne quis ædificia dirueret, quo plus ſibi acquireret, neve quis negotiandi cauſſa eorum quid emeret, venderetve, pœna in eum, qui contra feciſſet, conſtituta, ut duplum eius, quanti emiſſet, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero qui vendidiſſet, ut irrita fieret venditio. *L. ſenatus, 52. D. de contr. empt. L. 2. C. de æd. priv.* Eunuchos facere conſtitutionibus interdictum, pœna capitis conſtituta adverſus eos, qui fecerint. Sed nec factos vendere, aut quavis alia ex cauſſa alienare conceſſum eſt; ut appareat omnem de his transferendis conventionem prohiberi: præterquam ſi ſint ex barbaris, & in barbarico ſolo eunuchi facti. *L. 1. L. 2. C. de eunuch.* Interdicta item rei litigioſæ alienatio. Proinde & omnis conventio inutilis, quæ interponitur eius rei alienandæ cauſſa. *L. 2. L. 3. L. ultima, C. de liti.* & toto *Titulo, D. de litigioſ.*

XII. Quarta etiam ſpecies eſt earum rerum, quæ commercio exemptæ ſunt, ſuperiori quidem non admodum diſſimilis, non nihil tamen diverſa. Ea eſt earum rerum, quarum cæteris ex cauſſis alienatio conceſſa eſt; ſola venditio & emptio eſt interdicta. In hac cauſſa ſunt; ſal, actiones, purpura, ſericum. Salem iure Romano nulli conceſſum eſt vendere, niſi mancipibus, ideſt conductoribus ſalinarum, & iis quibus mancipes permiſerint. Sed nec ab aliis, quam ab his licet emere. Pœna hac conſtituta, ut ſi ſal & pretium commutata erunt, utrumque mancipibus addicatur. *L. ſi quis, C. de vect. & com.* Ius, ut apparet, conſtitutum promovendorum vectigalium cauſſa, quo ſcilicet ſalinæ facilius reperiant conductores & publicanos, qui aliter non facile acceſſuri erant ad conductionem parum ſibi utilem. Sed qui ſalem iam ſuum factum vendere prohibentur, hi non prohibentur donare, & liberalitatis cauſſa in quoſvis transferre. Negotiatione enim remota: non eſt, quod mancipes magnopere damnum metuant. Non enim facile homines ſua donant. *L. 4.* in fi. *D. ad Vell.* De actionibus noſtris cedendis & in alium tranſferendis ita ius eſt, licere cuivis actiones ſuas donationis cauſſa alii cedere ſine exceptione. Vendere autem ita licere, ut non latius conſiſtat venditio, & tranſeant actiones, quam quantum eſt pretium ſolutum, & uſuræ, quæ ex eo pretio redigi poſſunt. Præter quam ſi venditio erit neceſſaria, quod in quibuſdam perſonis accidit. Hæc ſumma *L. pen.* & *L. ult. C. mand.* Quod ad [6] purpuram, & ſericum atti-

6) De purpura & murice, vid. Cuiac. 12. *Obſ.* 24. Henr. Salmuth. *ad Lib. 1. Memorab. Pancirolli tit. 1.* De ſericis veſtibus olim magni æſtimatis vid. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 16. Got. *in not. d. L. 2.*

attinet, conſtitutiones quædam ſunt Imperatorum poſteriorum, quibus fere in Europa hodie non utimur. De purpura cautum, purpuram ſucare ideſt tingere, ac diſtrahere neminem privatum poſſe. *L. 1. C. quæ res vend. non poſ.* Alia conſtitutione comparandi ſerici a barbaris facultas omnibus adempta præter comitem commerciorum. *L. 2. C. eod.* Hodie videmus hæc omnia in Europa maxima ex parte omnibus eſſe libera. Quia tamen conſtitutiones ſunt iuris Romani, & huc pertinent, non putavi omittendas.

XIII. Atque hæ ſpecies ſunt iſtius generis, in quo eas res ponimus, quarum commercium & alienatio non eſt aut in totum, aut ex parte. Quarum ipſarum & hanc conditionem communem eſſe dicimus, cum in obligationem deducuntur, ut quatenus de his dandis transferendiſque agitur, eatenus omnis inutilis fit & ſtipulatio, & emptio, omniſque alia conventio. Sed habet hoc ius nonnullas cautiones, quæ cum ſint propriæ huius generis, tempeſtivum eſt eas hoc loco ſubiicere. Ac primum quod dicitur iſtarum rerum ſtipulationem, emptionem, venditionem, & cæteras conventiones de his interpoſitas non valere: ſic accipiendum eſt, ſi hæ res ſpecialiter ſeu principaliter in obligationem deducantur. Quod ſi non deducantur principaliter; uti eo modo alienari poſſunt, ita poſſunt & utiliter in obligationem deduci. Id autem fit duobus modis; aut per acceſſionem alterius rei, cuius conceſſa erat alienatio; aut per univerſitatem ſucceſſionis.

XIV. Per acceſſionem alienantur, & in obligationem deducuntur hoc modo; ſi, puta, vendam aut aliter cedam tibi fundum, in quo ſit aliquid ſacri, aut religioſi, vel fundi dotalis, vel litigioſi, & conveniat, inter nos, ut id omne ad te tranſeat. Hoc vero modo utilem conventionem eſſe placet, & ſimul procedere alienationem. Quaſi ſcilicet non videantur iſtæ res vendi, aut cedi, ubi non veneunt, ceduntur ve ſpecialiter, ſed [7] emptioni, ceſſionive maioris partis accedunt; quam ideo ſequuntur utiliter, quia illa per ſe venire & alienari potuit. Hæc in *L. hanc legem, 22. & 2. ſeqq. D. de contr. empt.*

XV. Per univerſitatem ſucceſſionis tranſeunt iſtæ res ad heredem hoc modo. Finge in bonis defuncti eſſe fundum, in quo ſit aliquid ſacri, religioſi. Eſſe in eius bonis fundum dotalem, rem aliquam litigioſam, ſervum qui in fuga ſit. Hæc per ſe alienari non poſſunt. At, herede aliquo relicto, ad heredem tranſeunt, & quidem utiliter. *L. quædam, D. de acq. rer. dom.* Quo recepto, dicemus ut ea hereditas vendi poteſt, ita & vendita ea ac translata, etiam eas res in emptorem utiliter transferri. Hoc ideo, quia & hic tranſitus fit non principaliter, ſed per conſequentiam. Recte enim transfertur hereditas. At hac translata ſequitur, ut tranſeant quæ erant in hereditate. Erant autem hæc, quæ per ſe transferri non poterant. Et nos quid principaliter fiat, non quid per conſequentiam ſpectare debemus, ut ex vi aut inutilitate eius, quod principaliter geritur, ſequatur etiam vis aut inutilitas conſequentis. *L. 1. D. de auct. tut.*

XVI. Sed etſi conveniat quid principaliter de rebus totius huius generis, eſt in earum venditione ius quoddam proprium emptionis & venditionis, quo efficitur, ut ea emptio & venditio valeat. Nam & liberi hominis, & loci ſacri, & religioſi emptionem contrahi placuit, ſi hæc pro privatis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut venditor ſciat, & emptor ignoret. *L. & liberi, 4. D. de contr. empt.* Negat tamen Modeſtinus etiam hoc caſu emptionem tenere, in *L. qui officii, 62. §. 1. D. de contr. empt.* Sed addit, quo ſe ſatis explicat. *Ex empto tamen*, inquit, *adverſus venditorem experietur emptor, ut conſequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.* Hoc qui dicit, ſatis declarat hactenus ſaltem [8] emptionem valere. Neque enim potuit eſſe ex empto actio, niſi ex utili emptione. *L. ex empto, D. de act. empt.* Ergo quod prius dixerat non tenere emptionem, per-

ſpi-

7) Vid. *ſupra Lib. 4. C. 6. N. 2.* Non autem hic ipſæ res tranſeunt earumve dominium, ſed uſus ſi quis privatus eſt, iure ſaltem acceſſionis vel opportunitatis. Ut ſi ius ſepeliendi venditori in loco religioſo, vel ſacrum faciendi, aut parentandi *L. 2. §. 3. L. 5. & 6. L. 8. ult. & LL. ſeqq. de relig. L. 53. §. 1. de act. empt.* Ipſe igitur locus ſacer &c. per ſe, quatenus talis in commercium non venit. Gœd *ad L. 5. pr. de V. S. n. 14.*

8) Ita & Cuiac. *ad L. 4. de Contr. empt.* Non tenet ad id ut res acquiratur, tenet ad id ut naſcatur actio ex contracto; & Gœd *ad L. 5. pr. de V. S. n. 15 & de Contr. ſtip. C. 3. n. 39.* quia, inquit, affectus, actio empti, cauſſam præceſſiſſe arguit; nec ullo caſu actio ex empto, ubi nulla emptio eſt, & dolus facit ut emptio contracta ſit quæ alias non eſſet. Male hoc. Non dolus facit ut valeat ſi valere dicendum eſt, ſed ignorantia ementis. Quin ſi dolus aberit, utroque ignorante non minus, ſed magis validus contractus *d. L. 70.* Actio quoque ex empto aliquando dari videtur, cum contractus non tenet per *L. 21. pr. de act. em. vend. L. 8. pr. de contr. empt.* Utilis videlicet ut contractus qui non valet vi actionis directæ; efficax tamen ſit ex mera æquitate producendæ actioni utili ſeu in factum. Sic enim vocatur actio quæ in præſenti caſu competit, in *L. 8. §. 1. de relig.* quæ ita conciliande *d. L. 62. §. 1.* Pac. 3. Q. 7. P. Buſius in *L. 9. de contr. empt. n. 8. 9.*

ſpicuum eſt ita dici, ut intelligat non per omnia eam tenere, non tamen ita ut non teneat in totum. Ita conſentiens omnium hæc ſententia eſt, etiam ſuperiorum rerum emptionem valere, ſi ab ignorante pro privatis emantur. Quod ſi recipitur in iis, quæ plane commerciis hominum exemptæ ſunt: multo magis probandum eſt in privatis, quarum alienatio tantum dominis eſt interdicta: ut ſi quis fundum dotalem pro non dotali vendat, rem litigioſam, pro non litigioſa, ſervum qui in fuga eſt, pro non fugitivo.

XVII. Sed hic hæſitatur. Nam quomodo earum, quæ dari non poſſunt, emptio contrahitur contra regulam iuris, quæ dictat impoſſibilium nullam eſſe obligationem? *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.* Sed nihil hic fit adverſus eam regulam. Ut enim hæ res alienari darive non poſſunt, ſic nunquam poſſunt utiliter in emptionem, aliamve ullam conventionem deduci, ut dentur ipſæ, petive poſſint. Denique quod ad res ipſas attinet, non tenet emptio, ut ſcribit Modeſtinus, tantumque in id agitur, ut præſtetur emptori, quod eius intereſt deceptum non fuiſſe. *d. L. qui officii*, §. 1. *D. de contr. empt.* Quo continetur & rei venditæ æſtimatio, quanta eſſet, ſi res eſſet privata, & præterea quantum emptor inde lucrari potuiſſet. *L. ſi commiſſa, D. rem rat. hab.* At hoc nondum rem expedit. Cum enim dicimus his rebus in obligationem deductis, inutilem eſſe conventionem, hoc intelligimus dici plane eſſe inutilem, nullamque inde obligationem eſſe ad ullam præſtationem. Alioqui aliquo modo utilis eſſet conventio. Exemplo eſt ſtipulatio iſtarum rerum, in qua ius ſervari certum eſt. *L. ſi ſtipulor*, 35. *L. inter*, 83. §. *ſacram, D. de verb. oblig.* §. *idem iuris*, 2. *Inſt. de inut. ſtip.* Et aliud iuris eſt in ſtipulatione earum rerum, aliud in emptione. Quod proprio quodam iure & natura emptionis ac venditionis accidit. In hac enim non tantum tenetur venditor, ut præſtet rem venditam, ad quod ſane non teneri eum in his rebus venditis fatemur: ſed etiam ut ſi qua in re emptorem decepit ſciens; ſive ignorans quid affirmavit de re, quod non erat, id præſtet. Etſi enim putavit ita eſſe, tamen non debuit facilis eſſe ad temerariam affirmationem. *L. Iulianus*, in pr. & §. *quod autem, D. de act. empt.* Ac de ſecundo genere earum rerum, quæ dari non poſſunt, in quo ſunt, quæ commercio ſunt exemptæ, ſatis dictum eſt, ut intelligatur, quæ ſint huius generis, & quatenus verum ſit, eas conventione utiliter in obligationem deduci non poſſe.

XVIII. Tertium genus earum ipſarum rerum, quæ dari non poſſunt, erat earum, quæ ſunt noſtræ. Neque rem ipſam noſtram, neque ſi quid in iure eius rei noſtrum eſt, id nobis dari aut in nos transferri, conventione efficere poſſumus. Et quidem rem ſuam neminem utiliter ſtipulari poſſe conſtat. *L. nemo rem*, 82. *D. de verb. obl.* §. *idem iuris*, in fin. *Inſt. de inut. ſtip.* Nempe ideo, quia res noſtra eſt ex genere earum rerum, quæ nobis dari non poſſunt. *Scilicet*, ut eſt apud Iuſtinianum, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut fiat eius, nec res quæ* iam alicuius eſt, *magis eius fieri poteſt.* §. *ſic itaque, Inſtit. de act.* Eamque ſuperioris inutilitatis rationem eſſe, licet certius intelligere ex §. *ſed ſi rem, Inſtit. de leg.* ubi Iuſtinianus cum eodem modo rem ſuam cuiquam inutiliter legari poſuiſſet, eius iuris eamdem illam rationem reddidit.

XIX. Hac eadem ratione nec ſuæ rei emptionem valere placuit. *L. ſuæ*, 16. *D. de contr. empt.* ut intelligamus, quod de ſtipulatione rei noſtræ dicitur, ad omnes conventiones pertinere, quibus id agitur, ut aliquo modo res noſtra nobis detur, quod fit in emptione, ſi venditor ſit dominus. *L. ex empto, D. de act. em.* Sed hic non conſiſtimus. Etiam conductio rei noſtræ nulla eſt, tametſi ex conductione nihil niſi ius fruendi in nos transfertur. *L. qui rem, C. de loc. & cond.* Longius itum eſt. Nam neque pignus, neque depoſitum, neque precarium ſuæ rei conſiſtit; non magis quam emptio aut locatio. *L. neque pignus, D. de reg. iur.* quia ſcilicet in his omnibus id agitur conventione, ut transferatur in nos aliquid de uſu rei, quod iam ſatis iure noſtrum ſit, aut eſſe debeat. Sed in huius rei emptione ſciendum eſt, non adhibere nos eamdem diſtinctionem, qua in emptione rerum ſuperioris generis uſi ſumus. Illarum enim emptionem non conſiſtere diximus inter ſcientes, aut ſi emptor ſolus ſciat commerciis exemptas: ſin ab ignorante emantur, intelligi emptionem. *d. L.* 4. *L. liberi, de contr. em.* Alia cauſſa eſt rei noſtræ. Placet ſuæ rei non valere [9] emptionem, ſive ſciens

quis

9) Valet tamen mandatum de emenda re mea, vendente eo cui ius vendendi, licet ſubtili iure non conſiſtat *L.* 22. §. 3. *Mand.* Cuiac. 8. *ad Afr.* in *L.* 34. §. ff *Mand.* P. Fab. *ad L.* 45. *de R. I.*

quis emerit, ſive ignorans. *d. L. ſuæ. D. eod.* Hoc ideo, quod cæteras res, ſi privatæ eſſent, & dari poſſent, ut putamus, intereſt noſtra nobis dari, quia eas non habemus, & tamen quæſitas volumus. Rem noſtram nobis præſtari noſtra nihil intereſt, quia cum noſtra ſit, eam iam ſatis habemus: nec quod habet quis, debet ab alio exſpectare.

XX. Res noſtra eſt, cuius proprietas ad nos ita pertinet, ut invitis non poſſit avocari. Vel ſola proprietas rem noſtram facit. *L. recte. D. de verb. ſignif.* Itaque eam rem quæ talis eſt, ſi cætera concurrant, inutiliter & ſtipulamur, & emimus. Si uſuſfructus rei tantum noſter eſt, ea non eſt noſtra, ne pro parte quidem; quia uſusfructus dominii pars non eſt, ſed ſervitus. *d. L. recte.* Ea res facit, ut ſi cuius uſusfructus dumtaxat ſit in re aliqua, & is eam emat, nihil ſit, quod obſtet emptioni. *d. L. ſuæ.* in fin. *D. de contrah. emptio.* Sed etſi proprietas ita noſtra ſit, ut poſſit aliquo remedio ab invitis avocari, veluti in integrum reſtitutione, non vere res noſtra eſt: cum id quod noſtrum eſt, definiamus ſine facto noſtro ad alium tranſire non poſſe. *L. id quod noſtrum, D. de regul. iur.* congruit *L. non videtur quiſquam. D. eod. L. cum quis. §. qui hominem, D. de ſolution.* Hac de cauſſa ſi quis eam rem emat ab eo, qui potuit eam [10] avocare, placuit utilem eſſe emptionem. *L. 4. C. de contrah. empt.*

XXI. Notandum non hoc dicere nos, omnem ſtipulationem, aut emptionem ob rem noſtram eſſe inutilem; ſed eam quæ ſit de re ipſa noſtra, & ea nobis danda ſeu in nos transferenda. Proinde ſi quis ſtipuletur pretium rei ſuæ, quam vendidit, nihil eſt impedimento ſtipulationi. *d. L. nemo rem, 82. D. de verb. obl.* Sic enim ſtipulatur pecuniam non ſuam, ſed emptoris, quam ideo ab illo dari venditori oportet. *L. ex empto.* in pr. *D. de act. empt.* Sed etſi quis ſtipuletur rem ſuam tibi reſtitui, quæ apud alium eſt, utiliter ſtipulatur. *d. L. nemo.* Nihil enim prohibet, quominus res noſtra ſit, & tamen teneatur ab alio; quatenus & poteſt reſtitui. Æque utilis conventio eſt, ſi quis rei ſuæ poſſeſſionem, quam alius iudicio obtinuit, aut uſumfructum, qui alterius eſt, ſibi emat aut ſtipuletur. *L. ſi in emptione, 34. §. rei ſuæ. D. de contr. empt.* Sunt enim & hæc aliena, quæ cum dominio noſtro nihil commune habent. *L. naturaliter, §. nihil commune, D. de acq. her. d. L. recte, D. de verb. ſignif.* Sane uno caſu ſtipulatio rei ſuæ recepta eſt, ſi quis rem ſuam furtivam ſtipuletur ſibi dari a fure, dummodo ſub hac demonſtratione, ut ſtipuletur tanquam furtivam. *L. ſcire, 29. §. ult. D. de verb. oblig.* Receptum ideo, quia utile eſſe viſum eſt rem furtivam tanquam alienam domino dari poſſe, ut fur pluribus actionibus teneatur, id eſt non tantum vindicatione; ſed etiam condictione. *§. ſic itaque Inſt. de act.* Quod ſi tanquam quæ dari poſſit, condici poteſt: etiam ut talis adverſus furem poteſt in ſtipulatum deduci.

XXII. Atque hæc genera ſunt earum rerum, quæ dari non poſſunt. Quorum in ſingulis cum oſtenderimus omnem inutilem eſſe conventionem, qua agitur de his in nos transferendis; apparet vere in univerſum ita definiri, ut fit in ſtipulatione in *d. L. ſi ſtipulor, 35. D. de verb. obl.* quæ res dari non poſſunt vel natura vel iure, de his omnem conditionem dandæ, transferendæque rei eſſe inutilem. Simul ex eadem diviſione intelligimus, quod quærebamus, quæ res & quatenus in obligationem dandi deduci non poſſunt. Sed etſi res ita ſe habet, ut omnis iſtarum rerum conventio dandi, quatenus ab initio talis eſt, ſit inutilis: nonnulla tamen hic incidunt, quæ afferant dubitationem, an in his ſaltem, aut propter ea utilem dici oporteat conventionem Quæ cum in commune ad omnia ſuperiora genera pertineant, etiam hoc loco in commune attingenda & removenda fuerunt. Duo ſunt quæ ſi res non debetur, ipſa tamen ſaltem præſtari debere videantur, æſtimatio rei, & pœna inutili conventioni ſubiecta. Unus autem caſus eſt, qui etiam in re ipſa inutiliter promiſſa videatur utilem conventionem efficere debere, si res videlicet, mutata poſtea conditione, dari poſſe cœperit. Quapropter de his in commune quæramus.

XXIII. Primum ergo quæritur, si conventione de his rebus dandis interpoſita, inutilis de re conventio eſt, ut res detur, an non ſaltem debeatur rei æſtimatio. Mo-

vet

10) Duaren. *de Contr. empt.* Ca. 2. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 2. *Gl. un. n.* 12. qui & hoc declarat *n.* 44. Cum tota quoque re partem ſuam emere aliquis poteſt *L.* 13. §. *uit de in diem addict.* Ut ſi ſunt plures qui rem communem ſubiiciant haſtæ, unus eorum illam recte emit, Cuiac. d. loc. Sed num in pignore fallit regula in eo, qui dominium habet iure ſpeciali ut legatarius in re legata. Ita poſt alios putat Fachin. 12. *Contr.* 32. per *L. 7. pr. Qui pot. in pig.* iunct. *L. 2. Quan. ex fac. tut. & ſimil.* Cum quo non facio. Eadem enim naturæ & iuris ratio æque reſiſtit. Neque id probat *d. L. 7. pr.* Dominium habet pupillus in re ſuis nummis empta a tutore *d. L. 2. vid. ſupra Lib. 5. C. 2. N. 5.* pignus autem habet *d. L. 7. pr.* in re ſuis nummis ab alio comparata.

vet, quod æſtimatio a promiſſore dari poteſt, & dari ſtipulatori. Qua ratione igitur fit, ut non debeatur res promiſſa, quia dari non poteſt: contraria effici videtur, ut præſtari debeat æſtimatio, quia & dari poteſt. Confirmatur ea res exemplo alienæ rei legatæ: quam ſi heres redimere non poteſt, quia dominus eam non vendat, eius æſtimationem dare cogitur: ſcilicet ut quod non poteſt, non præſtet, puta rem legatam: at quod poteſt, id præſtet, nempe æſtimationem. §. *non ſolum*, *Inſt. de leg.* Sed generaliter tenendum eſt, quæcumque res in obligationem deduci non poſſunt, quia dari non poſſunt, eas ſive legatæ ſint, sive promiſſæ, sive aliter in conventionem obligationemve deductæ, inutilem actum noſtrum efficere; ut quemadmodum non debentur res ipſæ, sic nec debeatur earum æſtimatio. De legato harum rerum traditum hoc eſt diſerte in *d.* §. *non ſolum*, in fi. *de leg. L. cum ſervus*, 39. §. *ult. D. de leg.* 1. Multo magis in conventionibus illarum rerum idem recipiendum eſt: cum in teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretemur. *L. in teſtamentis*, *D. de reg. iur.* Et idem eſſe in ſtipulationibus ac conventionibus omnibus ſatis intelligitur ex eo, quod dicitur earum rerum ſtipulatio eſſe inutilis. §. *idem iuris*, *Inſt. de inut. ſtip.* item earum rerum emptio non eſſe. *L.* 4. *L. ſi in emptione*, §. 1. *D. de contr. empt.* Neque enim inutilis eſt ſtipulatio, aut nulla emptio, ſi quid ex ea debetur, & maxime ſi pro re debetur æſtimatio. Et ſane ratio non eſt obſcura. Sive enim res legatur, ſive promittitur, ipſa res in obligationem venit, non æſtimatio, quæ nec legata nec promiſſa eſt. Quo fit, ut ſi rei obligatio non conſiſtit, neutrum debeatur: non res, quia ius vetat: non æſtimatio, quia deeſt legantis aut promittentis voluntas. Non mirum, ſi aliud placuit, cum res aliena legata eſt, neque eam heres dare non poteſt, quia dominus eam non vendat. Nam res aliena legatur utiliter: ut cum rem debeat heres; neceſſe ſit aut rem præſtare, aut pro se æſtimationem, quo legatario ſatisfiat. *d.* §. *non ſolum*, *de leg.* Nec ad rem pertinet, quod eum dominus eam rem vendere non vult, heres eam dare non poteſt. Hoc enim incommodum perſonæ eſt, non naturæ impedimentum. Heres non poteſt eam rem dare inopia rei prohibitus. At res ipſa per ſe dari & alienari poteſt. Impedimentum naturale obſtat obligationi, ut in re impoſſibili: incommodum & inopia debitoris non obſtat. *L. continuus*, 137. §. *illud. D. de verb. obl.*

XXIV. Secundo loco quæritur, ſi is, qui res ſupra ſcriptas ſibi dari ſtipulatus eſt, aut emit, ſibi cavens ſtipulatus ſit pœnam, ſi eæ res datæ non eſſent: an non ſaltem utilis ſit pœnæ ſtipulatio, ut ubi conſtabit res dari non poſſe, pœna ſaltem committatur. Neque enim hic de pœna idem dici poteſt, quod prius de rei æſtimatione. Æſtimatio non debetur, quia non eſt promiſſa. At promittitur pœna aperta conventione. Ut autem videatur utilis eſſe poſſe hæc pœnæ ſtipulatio ſuperiorum rerum conventioni ſubiecta, faciunt exempla ſimilium ſtipulationum inutilium, quibus ſubiicitur utiliter pœna. Alteri ſtipulamur inutiliter. Attamen ſi ſtipulemur pœnam, ſi alteri datum non ſit, utilis ſtipulatio eſt. *L. ſtipulatio iſta*, 38. §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Item inutiliter ſtipulamur alium daturum facturumve. Utilis tamen ſtipulatio pœnæ, si hanc ſtipulemur, si ille alius non dederit, aut fecerit. *d. L. ſtipulatio iſta*, §. 1. Conſentaneum igitur, ut quanvis quis ſtipuletur inutiliter rem dari, quæ dari non poteſt; si tamen ſtipuletur pœnam, si res data non erit, ſtipulatio pœnæ similiter sit utilis. Sed in hoc genere toto iſtarum rerum generaliter probandum eſt, cum res promiſſa eſt, aut vendita, quæ dari non poteſt, eoque nec in obligationem deduci, ita nullam eſſe hanc conventionem, nullamque ex ea cauſſa obligationem, ut nec si pœnæ ſtipulatio ſubiecta sit, si quid earum rerum datum non erit, pœna debeatur; quia inutilis sit & pœnæ ſtipulatio ſubiecta. Traditum hoc eſt in genere earum rerum, quæ in rerum natura non ſunt, puta eum homo qui mortuus erat, promiſſus eſt, in *L. ſi homo*. 69. *D. de verb. obl.* Sed definitio ad omnes res, quæ dari non poſſunt, pertinet. Nihil enim intereſt, utrum quid natura dari non poſſit, an iure. *d. L. ſi ſtipulor*, 35. *de verb. obl.* Itaque non tantum idem dicemus, si liber homo, si res ſacra, religioſa, publica promiſſæ sint & pœna ſubiecta, si datæ non fuerint, de quibus minor eſt dubitatio; utpote rebus non minus exemptis ex hominum commerciis, quam eſt homo mortuus: ſed etiamsi emat quis fundum dotalem, aut rem litigioſam res alioqui privatas, aut emat rem ſuam, cuius etiam alienatio eſt, & niſi hæ res datæ ſint ſtipulemur pœnam: probandum eſt æque inutilem eſſe ſtipulationem pœnæ. Merito. Iſtarum enim rerum conventioni ſubiecta pœnæ ſtipulatio, non ideo eſt inutilis, quia inutili ſubiecta eſt, ſed quia ut ſubiecta eſt impoſſibili, ita & ipſa

eſt

Digitized by Google

eſt impoſſibilis. Non ſane quod pecunia dari non poſſit, ſi ſuperiores res datæ non erunt; ſed quod dari non poſſit, ut pœna, ubi res prius promiſſæ conditione ſua dari non potuerunt. Nam ſi pœna nulla eſt, niſi delicti coercendi cauſa: *L. aliud eſt fraus*, *D. de verb. ſignif.* non poteſt ulla pœna ibi ſtatui, ubi non præſtat promiſſor, quod per conditionem rerum præſtari non poteſt. Nullum enim delictum, nullaque culpa per rerum naturam poteſt intelligi ob eam rem non præſtitam, cuius præſtatio eſt impoſſibilis. De quo ſcripſi ad *L. ſi homo*, 69. *de verb. oblig.* Quamobrem non ſunt ſimilia exempla ſtipulationum inutilium ſuperiora, quibus pœnæ ſtipulatio ſubiicitur utiliter. In his enim non eodem vitio laborat pœnæ ſtipulatio, quo præcedens, cum ſtipulator neque ſtipuletur alteri pœnam, ſed ſibi; neque alium daturum, ſed promiſſorem. Aliter atque cum impoſſibili præcedenti ſubiecta pœnæ ſtipulatio ſit & ipſa impoſſibilis, ut hoc loco.

XXV. Effectum eſt igitur iis rebus quæ dari non poſſunt, in obligationem conventione deductis, ita inutilem eſſe ab initio conventionem, ut nihil ex ea cauſſa poſſit deberi, id eſt neque res quæ promiſſa eſt inutiliter, neque æſtimatio, quæ promiſſa non eſt, neque adeo pœna cuius præſtatio in hac ſpecie ſit impoſſibilis, ut modo dixi. Sed eſto, hæc ita ſint ab initio, & quamdiu res promiſſa in eadem cauſſa manſerit, ut dari non poſſit. At quid ſi res ab initio inutiliter promiſſa venerit poſtea in eum caſum, ut poſſet dari; an non tempore ſaltem convaleſcet ſtipulatio, & res promiſſa debebitur? Ut puta, liber homo promiſſus eſt, promiſſa res ſacra, religioſa, publica; fundus dotalis venditus, res litigioſa vendita. Sit ſane a principio omnis hæc ſtipulatio & emptio inutilis. Sed liber poſtea ſervus factus eſt, res ſacra profana, res publica privata facta, fundus deſiit eſſe dotalis, res deſiit eſſe litigioſa. Quidni dicamus conventionem iam valere, quæ ante erat inutilis? Quod enim certa de cauſſa prohibetur, impedimento ſublato concedi intelligitur, & generaliter ceſſante cauſſa legis, placet legi locum non eſſe. *L. quod dictum*, *D. de pact.* *L. in omnibus cauſſis id obſervatur*, *D. de reg. iur.* At inutilitas omnis ſuperiorum conventionum ex hac cauſſa eſt, quod res in obligationem deductæ ſunt, quæ dari non poſſunt. Quare ſi eædem dari poſtea cœperint, dicendum eſt, impedimento ſublato, nihil obſtare obligationi: hac de cauſſa etiam quod prius geſtum eſt, convaleſcere, & res ante in obligationem deductas deinceps incipere deberi. Sed ut certius liqueat quid ſit quod dicitur iſtarum rerum conventiones iam a principio eſſe inutiles: placet ita inutiles eſſe, ut nec tractu temporis convaleſcant, quanvis res promiſſæ in eum caſum venerint, ut dari poſſint. §. *idem iuris*. verſic. *nec in pendenti*, *Inſt. de inut. ſtip.* *L. inter*, 83. §. *ſacram*, *D. de verb. obl.* Et recte. Nam niſi hoc ita ſit, conventio iam ab initio non ſit inutilis, ſed ſit in pendenti, utrum ſit utilis, necne. Nunc autem ius facit, ut ſit ſtatim inutilis. Quæ ratio ſignificari videtur in *d.* §. *idem iuris* verſ. *nec in pendenti*. Idem & de legatis iſtarum rerum placuit. *L. cætera*. 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Et generaliter de omnibus quæ ab initio inutiliter fiunt, regula iuris ita definitum: *Quod initio vitioſum ſeu inutile eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt*. L. quod initio, *L. quæ ab initio*. *D. de reg. iur.* Hæcque eſt, quæ noſtris dicitur regula Catoniana, quæ a Catone concepta primo de iis quæ teſtamento relinquuntur, & in his pro iure certo recepta, qualis exſtat in *L.* 1. *D. de reg. Cat.* poſt deinde ad ſtipulationes atque alias [11] conventiones tranſlata eſt, ut ſignificatur in *d. L. cætera*, §. 1. *D. de leg.* 1. Non adverſatur huic regulæ, quod dicimus, impedimento ſublato, obligationi nihil obſtare. Non nego hoc vere dici: ſed ita accipiendum eſt, ut nihil obſtet, quominus nova voluntate, vel teſtatoris, vel contrahentium deducantur hæ res in obligationem. Ut, mutata conditione, eædem res iterum legari poſſunt: poſſunt iterum vendi, & promitti, quod nemo negat. Nulla autem nova voluntate, aut conventione interveniente, & natura rei geſtæ, & iuris ratio refragatur, quominus quod initio vitioſum eſt, tractu temporis confirmetur. Primum quod initio non eſt, id nec convaleſcere nec confirmari dici poteſt: quoniam ei quod non eſt, attribui nihil poteſt. Tum autem verum non eſt, cum res dari poſſe cœpit poſtea, impedimentum omne eſſe ſublatum, quod conventioni aut legato obſtabat. Nam re quæ dari non poteſt, legata aut promiſſa, utrumque ab initio deeſt ad obligationem,

& res

11) Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 6 *n.* 123. Sed imo hoc non ex regula Catoniana, ſed alia Catone antiquiore *L.* 29. *de R. I.* Vid. *ſupra Lib.* 8. *Cap.* 13. *N.* 5.

& res idonea quæ dari poſſit, & voluntas atque conventio, quæ propter rem eſt inutilis. Quo fit, ut quanvis poſtea res cœperit dari poſſe: tamen deſit adhuc nova voluntas & nova conventio: qua non ſecuta, dici non poteſt tanquam impedimento omni amoto, quod obligationi obſtabat, legatum aut conventionem convaleſcere debere.

XXVI. Hoc ius ſuperiore regula conſtitutum excipit alia dubitatio. Conſtat enim regulam Catonianam de iis definire, quæ pure legata aut promiſſa ſunt: ad conditionalia autem non pertinere. *L.* 1. *L. penult. D. de reg. Caton. d. L. cætera*, §. 1. *D. de leg.* 1. Sit ergo ſane conventio inutilis, cum res pure in obligationem deducta eſt, quæ dari non poterat, & quanvis res poſtea dari cœperit, non eo magis confirmetur. At quid ſi quis rem ſacram, aut publicam, aut fundum dotalem, aut rem litigioſam emerit, ſtipulatuſve ſit ſub conditione, & pendente conditione hoc ipſum contigerit, ut res dari poſſet, ſic deinde conditio exſtiterit, an valebit conventio, neque prohibebit regula Catoniana ſuperior, quæ conditionalia non impedit? Et conſequens eſt ſuperioribus valere hoc caſu conventionem, & rem promiſſam deberi. Quod & in ſuperioribus rebus omnibus cæteris receptum eſt, tantum exceptæ, quæ penitus commerciis exemptæ ſunt. Et in cæteris quidem exemplo eſt res noſtra. Quam placet utiliter ſtipulari nos, aut emere ſub conditione, ſi conditionis exſiſtentis tempore noſtra non ſit. *L. ſi rem meam*, 31. *L. exiſtimo*, 98. *D. de verbor. obligat. L. exiſtimo*, *D. de contrah. empt.* Etſi autem hoc fere ſolum traditum legimus a veteribus de re noſtra: tamen definitio ad res omnes cæteras privatas, quæ dari non poſſunt, pertinet. Finge fundum dotalem a marito, conſentiente uxore, venditum ſub conditione, & exſiſtente conditione, deſiiſſe eſſe dotalem: rem litigioſam item venditam eodem modo, & exſiſtentis conditionis tempore litigioſam non eſſe. Utilis erit venditio in utraque ſpecie. Idemque in ſimilibus rebus probandum eſt. Argumento eſt ſervus venditus, qui in fuga eſt. Nam & hic non magis vendi aut alienari poteſt pure, quam res ſuperiores. At ſub conditione venditur utiliter, ſi pendente conditione ex fuga receptus ſit, ut iam fugitivus eſſe deſinat. *L. in fuga*, in fin. *C. ad leg. Fab. de plag. L. quod ſæpe*, §. *ſi quis amico*, *D. de contrah. empt.* Et ne neceſſe ſit ſingulas ſpecies perſequi, ſatis una definitione continentur omnes, cum ita definitur regulam Catonianam ad legata, & ſtipulationes conditionales non pertinere. *d. L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Cuius definitionis hæc eſt ſententia, quæ ſub conditione leguntur, promittuntur, in his non initium legati & promiſſionis ſpectandum eſſe; ſed tempus exſiſtentis conditionis, ut ex eo tempore de vi legati aut promiſſionis æſtimetur: ut ſi eo tempore res dari non poſſit, nihil actum ſit: ſi dari poſſit, utile ſit legatum & promiſſio. Cur hunc eventum ſpectari placeat in ſuperioribus rebus ſub conditione promiſſis, legatiſve, non item cum pure promiſſæ ſunt, aut legatæ: ſatis a me expoſitum eſt in legatis, in huius regulæ explicatione ſupra *Lib.* 8. *Cap.* 13.

XXVII. Sed valet hoc ius inquam in rebus cæteris: in rebus quæ commerciis prorſus exemptæ ſunt, non placuit: ut libero homine, re ſacra, religioſa, publica. Has inutiliter ſtipulamur, emimuſque & pure & ſub conditione, quanvis tempore exſiſtentis conditionis privatæ fuerint. Uſque adeo: ut ne ſic quidem liberum hominem ſtipulari aut emere poſſimus; illum cum ſervus erit, mihi dare ſpondes? ille, cum ſervus erit, mihi emptus eſt tot aureis. *L. inter*, §. *ſacram*, *D. de verb. obligat.* §. *item contra*, in fin. *Inſt. de inut. ſtip. L. ſi in emptione*, §. *liberum*, *D. de contrah. empt.* Differentiæ ratio expoſita a Paulo in *d.* §. *ſacram*, quod ſcilicet liberi hominis & ſuperiorum rerum ſtatus non fere mutari ſoleat ſine mutatione & interitu civitatis, ubi civitas venit in hoſtium poteſtatem, ibique fiunt omnia privata hoſtium. Hanc mutationem exſpectare & turpe, & ominoſum habetur. Nulla eiuſmodi turpitudo, ſi in cæteris rebus privatis promittendis adiiciatur ea conditio, qua hæc mutatio exſpectetur, cum conditione ſua ad has mutationes comparatæ ſint: ſic itaque eveniet, ut re quæ dari non poteſt, in obligationem deducta, iam ſtatim ab initio inutile ſit, quod geſtum eſt; nec quanvis mutata conditione rei tractu temporis convaleſcat, ſive res commerciis exempta promiſſa ſit, quocumque modo ſit promiſſa vel pure vel ſub conditione; ſive promiſſæ ſint res cæteræ, dum promiſſæ pure, non ſub conditione.

XXVIII. Ad quod probandum, etſi ſufficiebat regula Catoniana ſuperior; tamen veteres hoc loco etiam hoc argumento uſi ſunt, ut dicerent adeo ſuperius illud, atque adeo regulam ipſam Catonianam in his rebus veram eſſe, ut licet initio utili-

Digitized by Google

ter res in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in eam cauſſam sine facto promiſſoris devenerit, ut dari non poſſet, extinguatur ſtipulatio. Et quanvis, mutata conditione, in priſtinum ſtatum redierit, non eo magis reſtituatur obligatio ſemel extincta. Hoc in *d. L. inter*, *§. ſacram*, *de verbor. oblig.* *§. item contra*, *Inſt. de inut. ſtipul.* Argumentum ſuperioris ſententiæ certiſſimum. Facilius enim impeditur quid ne fiat, quam rite contractum diſſolvitur. *L. patre*, *D. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Quare ſi ſtipulatio ab initio de rebus recte contracta reſolvitur, cum res cœperit dari non poſſe: multo magis ſi ab initio dari non poterit, inutilis erit ſtipulatio, in quam ea res deducta eſt. Ut appareat, ſi ita ſtipulatio extinguitur, ut ſupra diximus, hanc liberationem & interitum obligationis appoſite hoc loco ad eam confirmationem attingi. Sed ſi quæratur, verumne ſit iſto caſu extingui obligationem ab initio contractam, & quæ ſit iſtius interitus ratio: quæſtio eſt non huius loci, ſed ad liberationes & ſolutiones obligationis. Ad quas & hic locus remittendus eſt.

XXIX. Hactenus res, quæ dari non poſſunt, quæ quatenus in obligationem deduci non poſſint, dictum eſt. Aliæ ſunt res, quæ dari poſſunt, in quo numero cum a prioribus diſceſſeris, ſunt omnes reliquæ. De his contraria ſuperiori definitio eſt: quæ dari poſſunt, eaſdem utiliter in ſtipulatum & conventionem deduci poſſe. *L. ſi ſtipulor*, *D. de verbor. obligat.* Generalis hæc definitio eſt, & ad omnes res huius generis pertinet. Itaque nihil intereſt, utrum corporalis res ſit, an incorporalis. Incorporales res, ut ſuo modo conſtitui & dari poſſunt, ita ut dentur, utiliter in obligationem deduci, ſive legentur, ſive promittantur, emanturve. Huius generis ſunt, [12] ſervitutes, actiones, hereditas. Servitutes ut uſusfructus, uſus, habitatio, item ſervitutes prædiorum tam urbanorum, quam ruſticorum ut dantur, ſic in cauſſis dandi ipſa datio teſtamento, aut inter vivos ſtipulationibus & pactionibus perfici ſolet. Ut intelligamus iſtarum rerum ſtipulationes, emptiones, conventioneſque, omnes ad transferendum comparatas non aliter valere, quam si de re corporali idem factum eſſet. *L.* 3. in princ. *D. de uſufruct. L. via*, 7. *D. de ſervit. L. ſi unus*, *D. de ſervit. ruſt. præd.* Sic & actionis noſtræ, & hereditatis quæ nobis obvenit, utilis venditio eſt, omniſque alia conventio earum rerum transferendarum cauſſa. *tot. Titul. D.* & *C. de her. vel act. vend. L.* 2. *C. de oblig. & act. L. pen. C. quand. fiſc. vel priv. L. debitori. C. de pact.*

XXX. Sed & in rebus corporalibus, quæ dari poſſunt, nihil intereſt, ut utiliter in conventionem dandi deducantur, ſintne promiſſoris, an alienæ. Etiam aliena res utiliter in ſtipulatum deducitur. *L. continuus*, 137. *§. illud.* in fin. *D. de verbor. obligat.* Non obſtat ſtipulationi, quod qui rem promittit ſtipulanti, promittit ſe daturum, id eſt omnimodo facturum accipientis. *L. ubi*, *§. ult. D. de verbor. obligat.* Quod qui dominus non eſt, facere non poteſt. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Sane enim promiſſor quamdiu non eſt dominus, rem alienam promiſſam dare non poteſt. Sed poteſt dominus fieri eam a domino [13] redimendo. Quod ſi facit, bene eſt. Si non facit, ſive quod ceſſat emere, ſive quod dominus rogatus non vult vendere, aut nimio vendit, præſtabit æſtimationem; ut ſit in re aliena legata. *§. non ſolum*, *Inſtit. de leg.* Nec dicetur præſtatio eſſe impoſſibilis, eoque & conventio inutilis, quo caſu dominus rem omnino non vendit. Eſt enim hoc incommodum perſonæ promiſſoris, non impedimentum naturale. Ipſe enim promiſſor eam rem dare non poteſt, quia eam non habet: at ipſa res per ſe poteſt dari. Cum quæritur, an quis ideo non teneatur, quia quid præſtare non poteſt, placet inſpiciendum eſſe, non quid ipſe non poſſit, ſed quid non poſſit in totum natura & conditione rei promiſſæ: ut ſolum hoc impedimentum quemadmodum impoſſibilem præſtationem facit, ita & ſolum promiſſionem inutilem. *L. continuus*, *§. illud*, *D. de verb. obl.* Similiter & rem alienam diſtrahere quem poſſe conſtat, ut ſit eius rei emptio & venditio. *L. rem alienam. D. de contr. empt.*

XXXI. Sed in emptione quædam res alienæ exceptæ ſunt. In hac cauſſa ſunt res furtivæ. Rei furtivæ inutilis venditio eſt, ſive venditor & emptor furtivam ſciant, ſive [14] emptor ſolus. Si venditor ſcit, & emptor ignorat, utrinque obligatio con-

12) Vendi quoque poſſunt officia ac militiæ, de quo vid. Cuiac. *conſul.* 38.

13) Vid. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 17 Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 6. *n.* 10. *& ſeqq.* Faba. de Monte *Tr. de Empt.* Q. 4. *princip. n.* 7. *&* 2. *ſeqq.*

14) Ut magis attendatur emptoris quam venditoris ſcientia, quia perficit contractum. Mozz. *de Contract. in genere Art.* 7. *n.* 9. *& ſeqq.*

Digitized by Google

contrahitur. *L. ſi in emptione*, §. *item ſi. D. de contr. empt.* Sic tamen, ignorante emptore, hic emptio eſt, non ut præſtetur ei res furtiva; alioqui & ipſe furtum faceret, ſi monitus alienam eſſe, eam contrectaret: ſed ut conſequatur, quod ſua intereſt deceptum ſe non eſſe; ut in liberi hominis, rei ſacræ, aut religioſæ venditione fieri diximus. *L. qui officii*, §. 1. *D. de contr. empt.* Excipiendarum harum rerum ratio duplex. Una, quod ſi ſcitur has res eſſe furtivas, iis qui ſciunt turpis & flagitioſa venditio eſt, qui aut dando aut accipiendo furti ſe alligant. Rei turpis venditio non eſt, uti nec mandatum, aut ſocietas. *L. quod ſæpe*, §. *veneni. D. de contr. empt. L. ſi remunerandi*, §. *rei turpis*, *D. mand.* Altera ratio, quod rerum furtivarum conditio pugnat cum fine & natura emptionis. Nam in emptione, etſi ſatis eſt venditori ad liberationem rem venditam præſtare, quanvis dominium non transferat, tantum ut eo nomine obligetur ad evictionem; *L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.* nihilominus tamen id agitur, ut transferatur dominium aut ſaltem uſucapiendi conditio. De qua autem re id agitur, ut neutro modo ad emptorem transeat, ea non poteſt videri vendita. *L. clavibus*, *L. pen.* §. *ult. D. de contr. empt.* Porro rerum furtivarum neque alienatio eſt, quia tradenti ſunt alienæ; neque uſucapio, quia earum rerum uſucapio inhibetur. §. *furtivæ*, *Inſt. de uſuc.* Qua ratione moveor, ut idem putem probari debere de rebus vi poſſeſſis, rebus pupilli, & præſidi contra legem Iuliam repetundarum datis. Quarum & ipſarum interdicta eſt uſucapio. *d.* §. *furtivæ*, *L. bonæ*, in princ. *D. de acq. rer. dom.* Ad hanc cauſſam recte retulerimus frumentum publici canonis, & frumentum quod exercitui mittitur, quorum venditionem ſevere interdictam legimus pœna capitis adverſus vendentes & ementes conſtituta in *L. pen.* & *L. ult. C. quæ res vend. poſ.* Nam & hæc frumenta ſi tractantur lucri faciendi cauſſa, fiunt furtiva. Sed accedit ad gravitatem criminis, quod cum ſint publice conſtituta ad rempublicam aut exercitum alendum, ſine pernicie reipublicæ fraudari non poſſunt. Sed hæc de emptione rerum furtivarum, & ſimilium privatarum dicta ſunt.

XXXII. Diverſa cauſſa eſt ſtipulationis, ſi quis forte iſtas res ſtipulatus ſit ſibi dari. Nam in verbo dandi ineſt conditio, ut aut dentur ipſæ, ſi poſſunt; quod fiet, cum reverſæ in domini poteſtatem ab illo redemptæ fuerint: aut præſtetur æſtimatio, ut fit in rebus alienis legatis, quas heres redimere non poteſt. *d.* §. *non ſolum*, *Inſt. de leg.* Atque hæc rerum conditio eſt, ut ex hac res utiliter in obligationem deduci poſſint, aut non poſſint.

C A P. X X I.

Quæ facta in obligationem deduci non poſſint. His deductis, quomodo infirmetur conventio, iure ipſo, an per exceptionem.

Facta etiam recte & utiliter in ſtipulationem venire, ſi ea ſint conditione, ut fieri poſſit. I.
Quominus fieri poſſint, ius & naturam eſſe impedimento. II.
Natura fieri non poteſt, ut qui Romæ cum ſit, ſpondeat hodie Carthagine ſe ſoluturum. Inutilis hæc ſtipulatio. III.
Contrariis occurritur. IV.
Iure fieri non poſſunt quæ ſunt contra leges aut bonos mores. V.
Adverſus leges facimus, cum quid in verba, aut ſententiam legis admittimus. Exempla utriuſque. VI.
Contra bonos mores, cum per ſe & iure naturæ turpia, aut quæ talia habentur iure Civili ſtipulamur. Quæ ſint utriuſque generis. VII. & ſeqq.
Pecuniæ vel cuiuſque, rei promiſſio quæ ad delictum quomodocunque pertinet, a iure civili improbatur. Tres id genus ſpecies. VIII.
Interdum habet conventio & promiſſio præteriti delicti præmium. Et quæ ſit talis. IX.
Interdum præſentis confirmationem: cum pecunia datur aut accipitur, ut quis a delicto abſtineat. Quæ in utroque dante & accipiente notatur turpitudo. X.
Interdum futuri invitamentum. Quæ ſit eiuſmodi. Quotuplex invitamenti modus ad delinquendum. XI.
Inhoneſtarum rerum & turpium inutilis ſtipulatio; & præterea emptio, ſocietas, mandatum; ideoque & pœnæ quæ ſtipulationi acceſſerit, nulla debitio. XII.
An id genus ſtipulationis ipſo iure inutiles, an per exceptionem: intereſt utrum ſint contrariæ bonis moribus, an civilibus legibus. XIII.
Quæcumque eſt contra leges inita ſtipulatio & conventio ipſo iure nulla, niſi ſententia legis aliud iubeat. XIV.
Aliud velle atque iubere legis ſententiam in Macedoniano & Velleiano SS. CC. & quomodo. XV.
Stipulationes & conventiones initæ contra bonos mores, quandiu tales, omnimodo & ſemper ipſo iure irritæ & inutiles. XVI.
Contraria diluuntur. XVII. XVIII.
Omnia illa facta in ſtipulationem conditione ſua utiliter deduci, quæ, natura & iure permittente, perducuntur in opus. XIX.

I. HÆc de rebus promiſſis. De factis ad vim conventionis idem ius, atque eædem ſunt leges. Etiam facta in ſtipulatum, & conventionem omnem utiliter deducuntur, ut ſi quid quis promiſerit ſe facturum aut non facturum, obligetur. *§. ult. Inſt. de verbor. oblig.* Faciendi exempla ſunt in *L. ſtipulationes non dividuntur, 72. D. de verbor. obligat.* Non faciendi in *L. 2. §. penult. & ult. L. 3. L. 4. eod. tit.* Sed hæc omnis rata eſt conventio eadem conditione, qua cum res dari promittitur; ſi fieri poſſit videlicet, quod promittitur. Quod fieri non poteſt, ſi promittitur, ea omnis inutilis ſtipulatio & conventio eſt. *L. ſi ſtipulor, 35. D. de verbor. obligat.* Pertinet enim & hoc ad regulam generalem iuris, impoſſibilium nullam eſſe obligationem.

II. Fieri aliquid non poſſe intelligitur dupliciter: & quod natura non poteſt, & quod non poteſt iure. Nam & quæ ſunt contra leges aut bonos mores, denique quæ honeſte facere non poſſumus, ea nec nos facere poſſe credendum eſt, auctore Papiniano, *L. filius, D. de condict. inſt.* Ideo utriuſque generis promiſſio æque inutilis. *d. L. ſi ſtipulor.*

III. Natura fieri non poſſe dicimus, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat, ut de impoſſibili conditione definitio eſt in *§. ſi impoſſibilis, Inſt. de inut. ſtip.* Veluti, ſi quis promittat ſe aſcenſurum in cœlum, & niſi aſcenderet, promiſerit pœnam. Sed hoc exemplum inuſitatius eſt, neque hoc genus facti inter ſanos aut ſobrios promitti ſolet. Illa non eſt inuſitata conventio, ut quis cum eſſet Romæ,

mæ, promittat ſe [1] hodie Carthagine daturum. In qua ſpecie duobus locis traditur ſtipulationem eſſe inutilem. *L. 2. §. qui ita, D. de eo quod cert. loc.* & *§. loca, Inſtit. de verbor. obligat.* quo in loco poſteriore adiicitur hæc ratio, quia repromiſſio ſit impoſſibilis. Habet tamen hæc ſpecies dubitationem, quam quia conveniebat huic loco explicari, ideo etiam in hac re libentius hoc exemplo ſum uſus.

IV. Contrarium ſcriptum videtur in *L. inſulam, §. 1. D. locat.* ubi proponitur in operis locatione conveniſſe, ut opus intra certum diem effici deberet, intra quod natura non poterat. Placet tamen obligationem contrahi hactenus, ut, die adiecto detracto, detur conductori id ſpatium ad opus abſolvendum, de quo vir bonus æſtimaſſet. Sed nihil hic contrarii. In hoc enim exemplo poſteriore duæ ſunt conventiones, locatio operis inſtituti, & conventio de tempore operis perficiendi. Ipſa locatio operis nihil impoſſibile continet. Ideo & per ſe valet. Conventio de tempore perficiendi, quia impoſſibilis, ideo, & inutilis. Quæ res facit, ut & hic dies pro non adiecto habeatur. Neque tamen ideo inutilis locatio; quia detracto adiecto die manet id tempus, quo per rerum naturam opus abſolvi potuit. Ac de eo ſenſiſſe contrahentes videntur, inter quos apparet id actum eſſe, ut opus abſolveretur. In hac autem ſtipulatione, hodie Carthagini dabis? non ſunt duæ ſtipulationes, ſed una, ut hodie detur, non alio tempore. Sed de eo ſcripſi plura ad *L. ult. §. pen. D. de verbor. oblig.*

V. Iure fieri non poſſunt, quæ leges fieri prohibent, aut boni mores. Nam & boni mores optima pars ſunt iuris, ut qui naſcuntur ex iure naturali & gentium maxima ex parte. In hoc numero ponuntur in *L. 6. C. de pact.*

VI. Lex fieri quid prohibet, ſive prohibeat aperte verbis, ſive tantum legis ſententia. Ex quibus in uſu iuris illud ſi fiat, dicitur fieri contra legem; hoc magis in fraudem legis. *L. contra, L. fraus, D. de leg.* Utriuſque generis promiſſio ex æquo inutilis. *L. non dubium, C. de legib.* Quæ ſint in ea cauſſa conventiones, ex unaquaque lege ſumendum eſt, quæ ſunt innumeræ, Uno, aut altero exemplo contentus ero. Contra legem hæc ſtipulatio eſt, ſi minor viginti annis promittat ſe ſervum ſuum manumiſſurum, quod lex Ælia Sentia prohibet. *§. eadem, Inſt. quib. ex cauſ. man. non lic. L. 1. D. de man.* In fraudem huius legis eſt, si idem minor ſtipuletur a debitore ſuo ſervum debitum manumitti. Qua de cauſſa & hanc ſtipulationem inutilem eſſe placuit. *L. ſi minor, 66. D. de verb. obligat.* Ideo autem in fraudem legis, quia nihil hic fit adverſus verba legis, quæ vetat, ne minor viginti annis dominus ſervum ſuum manumittat. Nam debitor non eſt minor, & id agitur, ut manumittat ſervum ſuum, non ſervum minoris. Sed conventio eſt adverſus legis ſententiam. Id autem eſt in fraudem legis. Hac enim conventione efficitur, ut minor careat ſervo, qui eius futurus erat, ſi ei ſolutus eſſet. Legis autem propoſitum fuit cavere, ne minores facile ſervorum ſuorum dominio exciderent propter manumiſſiones, quas ab illis facile eblandirentur ſervi.

VII. Contra bonos mores ſunt ſtipulationes & conventiones, in quibus promiſſio ſeu præſtatio eſt turpis, & cum maleficio coniuncta. *L. ſi quis inquilinos, 112. §. penult. D. de legat. 1.* Hinc turpes ſtipulationes & conventiones pro eodem, cuius generis placet omnes eſſe inutiles. *L. generaliter, 26. D. de verbor. oblig.* Harum duo ſunt genera ſumma. Quædam ſunt, in quibus recta promittit quis ſe facturum, quod ipſum per ſe ſit turpe. Veluti, ſi promittat ſe furtum facturum, hominem occiſurum, uxorem eiecturum domo, ſe patrem non redempturum ab hoſtibus. Aut ſoror promittat fratri ſe ei nupturam. Quod exemplum eſt *L. ſi ſtipulor, 35. de verb. oblig.* Hoc genus conventiones tanquam aperte turpes, & contra bonos mores citra controverſiam inutiles eſſe convenit. *d. L. generaliter, 26. L. veluti.* ſeq. *de verb. oblig.* At quæ ſint factu turpia iuregentium, propemodum omnibus notum eſt naturæ lege omnium hominum mentibus inſita. Unde & eorum ignorantiam obtendere non licet *L. ſi adulterium. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult.* Non ſunt in eadem cauſſa, quæ iure civili tantum turpia habentur. Quo in numero unum genus notandum eſt, & huc referri debet. Ea eſt Romanis conventio, qua quis obſtringitur, ut aliquam uxorem [2] invitus ducat,

1) Si tamen aliquid promiſſori impoſſibile, alii autem poſſibile, rata eſt ſtipulatio *L. 137. §. 5. de Verb. Oblig.* ut ſi utroque pede claudus ſpondeat ſe pedibus iturum Romam, Gœd. *de Contr. ſtip. Cap. 6. Concluſ. 13. n. 174.* vid. Sebaſt. Medic. *de Conb. fort. P. 1. C. 5.*

2) An vero maritus in conventione matrimonii, ſe, maxime ſtipulatione pœnali, adſtringere poſſit, ut in certa civitate cum uxore habitet? Negant Gomez. 2. *Resol* 10. *n.* 23. Beuſt. *de Matrimon. C.* 32. Covar. *P. 2. de Matrim. C. 7. n. 6.* arg. *L. 71. §. 2. de cond. & dem.* vid. Gœdd. *d. C. 6. n.* 175.

ducat, aut ductam invitus retineat: aut contra ut aliqua invita nubat; aut invita maneat in matrimonio. Libera matrimonia eſſe Romani honeſtum putaverunt ſive futura, *ſive iam * contracta. Neceſſitatem* autem contrahendi *retinendive* matrimonii *inhoneſtam, eoque & contra bonos mores*, L. 2. C. de inut. ſtip. *L. Titia*, 134. *D. de verb. obl.* ſive quod exiſtimarent matrimonia virtute & amore atque officiis conciliari oportere inter coniuges, ſive quod iudicarent invitos cogi ad matrimonium inter ſe contrahendum aut retinendum, magnarum rixarum & multorum malorum cauſſam eſſe, ac plenum triſtiſſimi exitus. Ideo etiam pœnam omnem adſtringendi matrimonii cauſſa ſive futuri ſive iam contracti, inhoneſte & contra bonos mores promitti cenſuerunt. *d. L. 2. C. de inut. ſtip. d. L. Titia, de verbor. obligat.*

VIII. Atque hoc primum genus turpium ſtipulationum, de quo minor eſt dubitatio. Eſt alterum earum, quibus recta promittitur pecunia, & res aliqua iuris noſtri, quæ honeſte per ſe ut præſtari, ita & promitti poteſt: ſed promiſſio ad delictum aliquod creandum, aut ſtabiliendum pertinet. Huius generis tres ſunt ſpecies, in quibus totidem accidit, ut ſtipulatio & conventio ſit inutilis. Aut enim conventio eiuſmodi habet præteriti delicti præmium, aut præſentis & meditati confirmationem, aut invitamentum futuri.

IX. Præmium habet delicti præteriti, qua quid promittitur propter delictum iam admiſſum; veluti, ſi promittam tibi centum, quia uxorem domo eieceris, quia hominem occideris. Etiam hanc promiſſionem inutilem eſſe placuit; tametſi non invitet delictum, quippe quod iam præteriit. 3 *L. ſi flagitii*, 123. *D. de verbor. oblig.* Merito. Delictum enim pœna affici oportuit, non præmio. Quinimo publice interfuit potius delictum coerceri. *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil. L. locatio. §. quod illicite, D. de publ.* Sed & præmio confirmatur malorum improbitas ad idem magis audendum.

X. Præſentis delicti confirmationem habet omnis conventio, qua alicui turpe quid facere inſtituenti promittimus 4 pecuniam, ne faciat. Ut, ne hominem occidat, ne quem iniuſte verberet. De quo genere eſt in *L. iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. D. de pact.* & traditum nullam eſſe obligationem ex hac conventione. Simile eſt, ſi cui rem mihi ſurreptam vel commodatum aut depoſitum quod a me acceperat, reddere detrectanti, promittam pecuniam, ut reddat. Si quid darem eo nomine, non dubitatur, quin daretur ob turpem cauſſam, cuius turpitudo verſetur in accipiente. *L. 2. L. ult. D. de cond. ob turp. cauſſ.* Quare & ſi quid promittetur eadem de cauſſa, ob turpem cauſſam promitti intelligendum eſt. Eſt enim hic promiſſi eadem turpitudo. Quæ res facit, ut quanvis a maleficio abſtinueris re vera, aut commodatum, & depoſitum reddideris, ut volebam, nihilominus tibi obliger ex ſuperiore conventione. *L. penult. D. eod.* Quid ergo in his factis turpe; cum ſit honeſtum potius maleficium non facere, commodatum & depoſitum reddere? Turpitudo hæc eſt, quod hoc ipſum turpe eſt accipere velle, ut iſta facias, quæ gratis & ſponte a te præſtari oportebat. Sic enim oſtendis, niſi quid accipias, te maleficium facturum, te commodatum aut depoſitum non redditurum. Hanc cogitationem, & propoſitum malum promiſſione mea confirmo, dum quantum in me eſt, concedo tibi facere, niſi accipias: ac propterea ne facias, improbæ petitioni tuæ morem gero vel dando, vel promittendo.

XI.

3) Flagitium in d. *L.* 123. ſpecialiter ſignificat ſtuprum. Cuiac. *ibid.* ut alibi *L. 1. in fin. de extr. crimin.* Paul 4. *Sent.* 8. §. 15. Apulei. *Lib.* 8 *Metamorph.* Et flagitare ſignificat vitium inferre ſeo ſtuprare 10 *L. 2. §. pen. de priv. delict.* Feſtus *Lib.* 9. Forner. 2. *Select.* 11. Rævard. 1. *Coniect.* 5. *& ad L.* 130. *de Reg. Iur.* Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 30. Fopp. ab Aetema 1. *Differt. ultim.*

4) Noo pactis, ſed pudore & officio ac legum metu a maleficiia temperare decet, Hotom. *ad L.* 7. §. 3. *de pact.*

(*) Libere contrahi matrimonia eſt otique moribus omnium gentium, ideoque rationi, atque honeſtati maxime conſentaneum. At eadeio contracta diſſolvi pro libidine contrahentium, idque ius honeſtumque velle, contrariamque neceſſitatem bonis moribus adverſari quis cordatus afferat, niſi cum ratione inſaniat? Fuerit hæc apud Romanos illorum morum & temporum conſuetudo, quorum nimiam licentiam libero & gravi ſtilo perſtringens Tertullianus, *Apolog. Cap.* 6. ad priſca Romanæ Reipub. tempora ac mores ita provocat: *Ubi eſt illa felicitas matrimoniorum de moribus utique proſperata, qua per annos ferme ſexcentos ab Urbe condita nulla repudium domus ſcripſit. Nunc in fœminis præ auro nullum leve eſt membrum; præ vino nullum liberum eſt oſculum: repudium vero iam eſt votum, & quaſi matrimonii fructus.* Uteunqoe tamen ea de re ſtatuaot Romanorom leges, lubet uſurpare quod vere & graviter in hanc eamdem ſententiam ſcripſit D. Hieronymua: *alia ſunt leges Cæſarum; alia Chriſti: aliud Papinianus; aliud Paulus noſter præcepit.* Porro ſanctiſſima Chriſtianorum Religio, quæ matrimonii coniunctionem, *Sacramenti* dignitate & ſanctimonia conſecratam decoratamque a Chriſto domioo accepit; diſſolvendi matrimonii libertatem, ut oefariam atque impiam deteſtatur: & Coniugii vinculum, quod oolla lex humana frangere valeat, firmiſſimum & inſolubile divino oraculo edocta profitetur. Concil. Trident. *Seſſ.* 24. *Can.* 7. Vid. Emio. Bellarmio. *De Matrimon. Sacram. Controv.* 5. *Cap.* 16. Cl. Laur. Berti De Theologic. Diſcipl. *Lib.* 37. *Cap.* 5.

XI. Invitamentum delicti futuri habere eas conventiones dicimus, in quibus lucri aut commodi alicuius promiſſi ſpes creditorem ad delinquendum invitat. Huius generis omnes & turpem cauſam habere, & ob id non eſſe ſervandas receptum eſt. *L. ſi unus, §. pacta, D. de pact. L. illud, D. de pact. dot.* Fit autem dupliciter, ut conventio incitamentum in ſe habeat delicti. Uno modo, cum aperte & conſilio paciſcentium aliquid promittitur ob turpem cauſam, ſeu ea gratia, ut turpe aliquid fiat. Altero, cum abeſt a conventione, & cogitatione contrahentium omnis delicti ſignificatio: res autem ipſa in ſeſe eam illecebram delicti habet. Prioris generis conventio quæ ſit, non eſt obſcurum. Ea eſt huiuſmodi, ſi, puta, promittam tibi, ut lenocinium facias, ubi tu ſpe promiſſi invitaris, ut facias. Huiuſmodi conventiones ut ad delictum invitandum aperte comparatas pro certo eſt non eſſe ſervandas, quanvis tu promiſſum feceris. *L. mercalem, C. de cond. ob turp. cauſſ. L. penult. D. eod. L. ſi flagitii, 123. D. de verbor. obligat.* Quæ autem conventiones cum a cogitato aut ſignificato delicto abſint; tamen re ipſa ad delinquendum invitent, & eo nomine improbentur, non ſimiliter certum eſt: ratione & auctoritate iuriſprudentium conſtat. Sunt autem ex hoc genere improbatæ veteribus duæ, quarum improbandarum rationem ad hanc partem referri oportet. Una, cum quis promittit alicui ſe eum [5] heredem facturum. Placet hanc conventionem tanquam contra bonos mores factam, nullius eſſe momenti. *L. ſtipulatio hoc modo, 61. D. de verbor. obligat. L. ex eo. C. de inutil. ſtipul.* Et tamen nihil hic amplius turpis cauſſæ adiectum eſt, nec ipſum per ſe turpe eſt aliquem heredem facere. Sed ipſa conditio rei promiſſæ invitat per ſe delictum, quantumvis nihil a principio tale cogitarit etiam is qui curavit ſibi id promittendum. Hic enim promittitur commodum hereditatis, quod multos permovet. Habet autem id hanc conditionem, cum promiſſor mortuus erit. Ea re fiet, ut is cui promiſſum eſt, optet illum mori, quo citius hereditate potiatur. Hoc deſiderium etiam [6] votum improbabile captandæ mortis ingenerare poteſt. In quo iam mani-

5) Locus hic ſeſe latiſſimum offert dicendi de pactis, ut vocant, ſucceſſoriis. Sed & ea commentariis Donelli noſtri ad *L. ultim. C. de pact.* quædam de iiſdem referre & hic prætermiſſa ſupplere facile eſſet. Sed feſtinandum mihi video, ſimulque verendum ne ſi ubique immorari vellem in accerſendis iis, quæ Donellus in his Commentariis non plene perſequitur, ſed nude attingit, iuſto maior reddatur prior pars huius epitomes. Adeat, cui lubet, ſitim ſuam in hac materia expleturus, præter Auctores qui ex profeſſo eam tractant, quorum noviſſimus Barthol. Muſculus *de Succeſſ. convent. & anomala,* illos referam quos ipſe adii antea, neque alium ullum unquam ſoleo) Coraſ. 6. *Miſcel.* 9. *& Epiſtol. QQ. C.* 32. P. Gregor. 41. *Synt.* 3. *& ſeqq.* Forſt. *Lib.* 4. *de Succeſſ. Cap.* 24. *n.* 5. *& ſeqq.* Io Dauth. *de Teſtam. n.* 84. *& ſeqq.* P. Ant. de Petra *de Fideicom. ex prohib. aliena. Q.* 4. Fachin. 5. *Contr.* 84. *& ſeqq.* P. Heig. *P.* 5. *Q.* 23. Thoming. *Deciſ.* 57. Gœd. *ad L.* 3. *de V. S. n* 38 *& ſeq* & de *Contr. Rep.* C. 6. *Concluſ.* 7. *n.* 60. *& ſeqq.* Borch. *de Gradib. pag.* 158. *& ſeqq.* Val. Guil. Forſt *de Pact Cap.* 6. *pag.* 147. *& ſeqq.* Hartm. Piſt. *Lib.* 4. *Q.* 1. *&* 7. *ſeqq.* An iuramento confirmentur tractant Donellus noſter ad *d. L. ultim. n.* 11. id negans, & A. Fab. 12. *Err. Pragm.* 3. Vaſq 3 *Contr. uſu freq.* 58 *n* 40. Teſſaur. *Deciſ.* 225. *n.* 6 qui diſtinguit, & ferem Setſer. *Lib.* 2. *de iuram. C* 5. An conſuetudine? Gilken. *de Praeſcript. P.* 3. *Cap* 3. *n* 99. *& ſeqq.* loquens tamen potiſſimum de cooptatione liberorum. De pactis de non ſuccedendo, ſeu renunciationibus hereditatis Covar. *in Cap. quamvis de pact. in* 6. *P.* 3. *relect.* Vaſq. *Lib.* 2. *de Succeſſ. creat.* § 18. *&* 3. *Contr. uſu freq.* 43. *&* 2. *ſeqq.* Gomez. *in L. Tauri* 22. Beuſt *ad L.* 1. *de Iureiur n* 223. *& ſeqq.* M. Anton. Cucch. *Tr. de Legitima pag.* 378. *& ſeqq.* A. Fab. 12. *Decade Error. Pragm.* 3. *& ſeqq & Decade* 13. *&* 14. *paſſim.* Bart. Muſculus *d. Tr. Membro* 2. *Cl* 1. *Concluſ.* 4. De huiuſmodi renunciatione iurata, præterea Ant. Fab 41. *Error. Pragmat.* 5. Fachin. 3. *Contr* 22. *& in ſeqq.* de aliis ad materiam *Cap. quamvis de pact. in* 6. ſpectantibus. De renunciatione filiæ dote accepta Fachin 8. *Contr.* 69 *&* 2. *ſeqq.* Ant. Fab. 13. *Coniect.* 13. De renunciatione legitimæ Chiflet. *de Portion. legitim. C.* 16. *pag.* 845. *& ſeq.* De pactis principum gentilitiis, Heig. *d. Quæſt.* 23. Reviner. *Lib.* 1. *Conſult.* 3. Andr. Knich *de Saxon. non provoc. iure* verbo *Factorum. Cap.* 2. *n.* 60. *& ſeqq.* quæ ideo valere tradit *n.* 94. *& ſeq.* quia inter milites pacta de mutua ſucceſſione licita. *L.* 19. *C. de pact.* Principes autem imperii ſemper militant, & *n.* 98. *ac ſeq.* quia ratio prohibitionis, quod ſtulti ſint qui inter vivos de hereditate ſibi proſpiciunt, libertati teſtandi renunciantes, ſibique inſidias creantes, ceſſet in feudis, de quibus teſtari non licet.

6) Hæc ratio vulgo adferri ſolet, ut & illa quod homini libero libera facultas teſtandi non ſit adimenda. Quod huc abſurdiſſime trahi ſcribit Weſ *Conſ.* 71. *n.* 7. quia etiamſi valerent, non aliter tamen, quam in vim ultimæ voluntatis ſuſtentarentur, adeoque mutari & revocari poſſent. Sane genuina, &, ſi non unica, certe præcipua huius improbationis ratio mihi ſemper viſa eſt; quæ habetur in *L.* 5. *C. de pact. convent.* & traditur a Weſ. *d. loc. n* 8. *&* 9. Teſſaur. *Deciſ.* 225. *n.* 2 Heig. *d. Q.* 23. *n* 9 Fachin. 5. *Contr.* 84. *in fin.* quia pactis hereditas non datur, id eſt, quia alii modi ſolemnes res ſuas poſt mortem relinquendi inſtituti ſunt Propterea novos, nec legum auctoribus receptos aut cognitos, excogitare non licet. Eadem enim ſolemnia poſtularet eiuſmodi pactum, in effectu idem quod teſtamentum diſponens, eiuſdemque momenti ac præiudicii. Alioqui leges teſtamentarias de ſolemni ritu & obſervatione eludere promptum eſſet. Atqui de illis pactorum ſolemnibus nulla lex aut conſtitutio, nec res naturæ plane diverſæ, pactum & ultima voluntas, confundendæ. Quibus addi poteſt, quod alias iniuria fieret legitimis heredibus, quibus ſucceſſio auferretur; nec ipſi contravenire poſſent, nulla legum querela aut remedio, ad infirmandum iſtiuſmodi pactum, prodito. Sic ſæpe alienis opibus inhiantes, ſi ultimam voluntatem ementiri non auderent, pactum de ſucceſſione ſibi relinquenda ſe cum defuncto iniiſſe, poſt illius obitum, cum voluntas eius explorari amplius nequit, fingerent, ac emendicatis duorum triumve teſtium ſuffragiis, vel falſo effecto inſtrumento, probarent. Denique mos retinendus eſt fideliſſimæ vetuſtatis *L.* 18. *C. de teſtam.* ac certis formulis concluſa facultas de ſucceſſione diſponendi, extra quas nihil agitur. Non obſtat *L.* 15. *C. de pact.* qua ſuperior vulgata DD. ratio contineri videtur. Nam, puto, ibi duplicem quæſtionem decidi, quod ſeries ſermonis arguat. 1) An tale pactum obligationem producat. 2 An ſi non producat, eo facto ſibi paciſcens ius teſtandi ademerit, tanquam qui ſe indignum reddiderit legis beneficio, quo ipſe uti detrectavit, novo & peculiari ſibi invento. Ad utramque quæſtionem negative reſpondetur.

manifeſti delicti incitamentum cernitur. Significatur hæc ratio in *L. de fideicommiſſo. C. de tranſ. L. ult. C. de pact.* Altera conventio eſt, cum quis advocato, aut procuratori litis, qui & ipſe advocati nomine continetur, promittit non pecuniam certam ſalarii nomine, ſed certam partem eventus litis, ſeu certam partem commodi, quod partum erit ex victoria: ut ſi ita promittam, ſi vinco, cedet tibi tertia, vel dimidia pars emolumenti. Hanc quoque conventionem tanquam bonis moribus repugnantem inutilem eſſe placuit. *L. 1 §. ſi cui, D. de extraord. cognit. L. ſumptus, D. de pact. L. ſalarium, 17. D. mand.* Hoc ideo, quod advocatus id lucrum propoſitum habens dumtaxat ex victoria, finget & molietur quidvis, ut vincat, quo iure, quave iniuria, quo ex victoria ſperatam prædam auferat. Scitur autem ſatis, quam variæ & multiplices ſint artes improbis hominibus in captionibus iudiciorum exercitatis ad ius adverſarii ſubvertendum, ubi aliquid uberius ex ea re ſperare cœperint.

XII. Hæc ſententia de illicitis, & turpibus conventionibus, qua placere diximus has eſſe inutiles, generalis eſt, pertinetque non ad ſtipulationes tantum; quarum maxime exemplis uſi ſumus; ſed etiam ad omnes alias conventiones, ac præcipue ad contractus iuriſgentium, qui conſenſu ſolo perficiuntur, qui iidem ſunt bonæ fidei. Hinc illa; rei turpis, & inhoneſtæ nullum eſſe mandatum; nullam ſocietatem aut communionem; nullam emptionem & venditionem. De mandato eſt in *L. 6. §. rei turpis, D. mand. §. illud, Inſtitut. eod.* De ſocietate & communione in *L. quod autem, L. nec prætermittendum, D. pro ſoc. L. 1. §. plane, D. de tut. & rat. diſtrah.* De emptione & venditione in *L. quod ſæpe, §. veneni. D de contr. empt.* Has conventiones cum non valere dicimus, non modo ipſas per ſe principales ſuperiores non valere, ut ex his promiſſum, aut id quod intereſt, peti poſſit: ſed ne pœnam quidem deberi, ſi adiecta ſit, ni illa fierent: ſcilicet quia & pœnæ ſtipulatio turpis eſt & illicita, quæ rei turpi & illicitæ ſubiecta eſt. Huc enim ſpectat, ut vinculo pœnæ obſtringat faciendi neceſſitatem. Hoc de pœna iſtarum conventionum licet animadvertere traditum, & exemplis illuſtratum in his locis. *L. ſtipulatio hoc modo, 61. L. Titia, 134. in pr. D. de verb. obl. L. 2. C. de inut. ſtip.*

XIII. Quæſitum eſt, utrum huius generis ſtipulationes ipſo iure inutiles ſint, an vero ita iure valeant, ut infirmentur tantum per exceptionem. Quæſtio explicatu indigens, quia videntur de eo diſſentientia eſſe ſcripta a veteribus. De quo etſi ſcripſi alias & ad *L. pacta, 6.* in extremo, *C. de pact.* & fuſius ad *L. generaliter. 26. D. de verbor. obligationib.* tamen hoc loco conabor brevius & dilucidius tradere. Alia cauſſa eſt earum conventionum, quæ ſunt contra leges; alia turpium, & earum quæ ſunt contra bonos mores. Priores inutiles ipſo iure, exceptis duabus. Poſteriores ipſo iure inutiles ſine exceptione, quandiu tales eſſe conſtabit ex genere conventionis.

XIV. Quæcunque conventio eſt contra leges, aut in fraudem legum, niſi quid aliud appareat de ſententia legis, ea ipſo iure eſt inutilis: quia quod fit lege prohibente, placet pro infecto haberi. *L. non dubium, C. de legib.* congruit *L. iuriſgentium, §. ſi paciſcar, D. de pact.* Sed hoc ita eſt, inquam, niſi appareat aliud ſenſiſſe legem, quæ quid fieri aut contrahi vetuit. Nam hoc cum ſit, quæſtio tollitur, & legi ſtandum eſt.

XV. Sunt autem quædam ſenatuſconſulta ita ſcripta, ut cum prohibeant quid geri inter aliquos; tamen patiantur inde obligationem naſci ſummo iure, ſed auxilium adferant per exceptionem. Ea ſenatuſconſulta ſunt duo. Macedonianum de pecunia filiofamilias credita, & Velleianum de interceſſionibus mulierum. Macedonianum non vult pecuniam credi filiofamilias: verum ita, non ut vetet recta credi, ſed ut ſi credita ſit, iubeat ſine effectu eſſe mutuum. Tantum enim cavit, ne eo nomine actio petitiove daretur. *L. 1. D. de ſenat. Macedon.* Idem cautum Velleianó de mulierum interceſſionibus. *L. 2. D. de ſenat. Velleian.* Unde intellectum eſt, non ſic iſtud mutuum, & illas interceſſiones prohiberi, ut ipſo iure non valeant, ſed ut cum iure ſummo proceſſerint, & tamen placeat non eſſe ſervanda: fiat quod eſt reliquum, ut in re aperta denegetur actio, in re dubia ſic detur, ut detur cum exceptione, ut eſt in *L. nam poſtea, D. de iur.* Ex quo exceptio Macedoniani, & Velleiani in his cauſſis; quæ tamen interveniſſe dicuntur contra utrumque ſenatuſconſultum. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Neque tamen hæc adverſus regulam generalem *d. L. non dubium, C. de legib.* qua placet quidquid paciſcimur contra ius, eſſe inutile, & pro infecto haberi. Proprie enim nihil iſtorum eſt contra ius, ſeu contra ſena-

ſenatuſconſultum, quando hæc fieri non vetantur, ſed his contractis datur adverſus petentem exceptio. Nec abs re, quod id ita factum eſt in his cauſſis. Nam præterquam quod non ſunt per ſe cauſſæ turpes, ut propterea prohiberi debuerint: etiam multa in utroque genere incidunt, propter quæ & obligetur filiusfamilias ex pecunia credita, & mulier propter interceſſionem. De quibus & iudicium conſtitui neceſſe eſt, & diſceptari per exceptionem.

XVI. Quod attinet ad turpes conventiones, quæ eædem ſunt contra bonos mores, non dubitabimus definire generaliter & ſine exceptione, quod ſupra, omnes [7] ipſo iure non valere. Neque enim aliud ſignificatur, cum dicuntur aperte nullius eſſe momenti, item eſſe inutiles, quæ verba ſunt *L. generaliter*, 26. *ſtipulatio hoc modo*, 61. *D. de verbor. oblig.* Id quod ſi dicitur de iis, quæ ſunt contra leges & conſtitutiones, *L. non dubium*, *C. de legib.* multo magis de turpibus dicendum eſt, quæ ſunt adverſus ius gentium, ideſt contra legem Dei inſcriptam omnium hominum cordibus, perpetuam & immutabilem.

XVII. Hic tamen loci duo dubitationem afferunt, de quibus breviter dicam. Primum *L. Titia*, in princ. *D. de verb. obligat.* ubi proponitur vir habens filiam cum muliere quæ filium habebat, in matrimonium coiiſſe, & tempore matrimonii conſentiſſe, ut filia mariti deſponderetur uxoris filio, & adiecta pœna, ſi quis eorum parentum impedimento fuiſſet nuptiis. Reſpondit Scævola, quanvis filia noluiſſet nubere, tamen pœnam, quæ non ſecundum bonos mores interpoſita eſſet, non deberi: petenti autem exceptionem doli mali obſtaturam. Sed non eſt hæc ſtipulatio recta contra bonos mores. Ideo Scævola non dicit eſſe contra bonos mores, ſed non eſſe ſecundum bonos mores. Id autem ita intelligere poſſumus. Ea pœnæ ſtipulatio in matrimoniis contrahendis ſola exiſtimatur contra bonos mores, quæ libertatem matrimonii iungendi aut ſolvendi impedit. *L. 2. C. de inut. ſtipul.* Superior ſtipulatio non eſt eiuſmodi. Non enim interpoſita eſt inter coniuges, qui libere poſſunt non contrahere nuptias, iuncti poſſunt alter ab altero diſcedere. Nec metuent pœnam, qui eam invicem non promiſerunt. Pœna ad parentes tantum pertinet, qui nuptias cogere, aut inter invitos retinere non potuerunt. Sed tamen ideo videtur ſtipulatio non eſſe ſecundum bonos mores, quia prope eſt, ut eumdem exitum habeat, atque ſi inter ipſos coniuges eſſet interpoſita. Veriſimile eſt enim fore, ut liberi metuentes, ne parentes in pœnam incidant, ultro ſubeant & retineant nuptias, quas alioqui ſubituri, aut retenturi non eſſent. Hinc obligatio ſummo iure nata; ſed quæ infirmetur per exceptionem.

XVIII. Alter locus contrarius eſt *L. penult. D. de cond. ob turpem cauſ.* ubi Paulus ita ſcribit: *ſi quid promiſſum ſit ob turpem cauſſam Titio, quamvis ſi Titius petat, exceptione doli aut in factum ſummoveri poſſit: tamen ex ea cauſſa ſolutum repeti non poſſe.* His verbis vix eſt, ut Paulus de alia ſtipulatione loqui intelligatur, quam de turpi. Nam cum quid aperte promittitur ob turpem cauſſam, veluti ut lenocinium facias, nemo dubitat quin ſit turpis & flagitioſa conventio. *L. mercalem*, *D. de cond. ob turpem cauſ.* Hic tamen Paulus ait petentem exceptione ſummoveri poſſe. Sed non omnis ſtipulatio, qua quid promittitur ob turpem cauſſam, conceptione ipſa eſt turpis. Tunc turpis eſt, cum nominatim cauſſam turpitudinis in ſe comprehenſam habet. Quod fit, cum non ſimpliciter quid promittitur, ſed nominatim adiecta cauſſa, ut turpe quid facias. Quod ſi ſimpliciter tibi promittam centum, nulla cauſſa turpi expreſſa; quanvis in re ipſa hæc ſit promittendi cauſſa inter nos, ut turpe aliquid facias, tamen non poteſt dici ſtipulatio, quæ ex conceptione ſua æſtimatur, dici turpis, cuius conceptio tota nihil habet turpitudinis. Neque eo minus tamen recte dicetur promiſſum a me eſſe ob turpem cauſſam. Prior ſtipulatio, ut per ſe turpis, ita iure ipſo inutilis. *d. L. mercalem: C. de condict. ob turpem cauſſ.* Poſterior ut conceptione ipſa turpe nihil habet, ita dici nihil poteſt, cur iure ſummo non valeat. Sed quia in re, & cauſſa externa promittendi ineſt turpitudo, ideo exceptione extrinſecus nata removetur. Ad hanc ſpeciem aptandum eſt reſponſum Pauli in *d. L. penult. D. de cond. ob turpem cauſſ.* quatenus vult petentem ex ea ſtipulatione exceptione removeri poſſe, ut & Bartolus recte ſenſit. Non adverſantur verba Pauli, ne quis hic divinare nos dicat. Hæc enim verba qui-

7) Cuiac. *ad L. 26. de Verb. Olig.* Pac. 7. Q. 28. ita diſtinguunt: De vi ſtipulationis turpis aut quæritur de iure civili, & non parit actionem generaliter *L. 5. C. de LL.* aut de iure Prætorio; & aut conſtat de turpitudine, & denegatur actio; aut de ea non certo liquet, & datur actio cum exceptione *d. L. pen. de cond. ob. turp. cau.* arg. *L. 9. pr. de tutor.* Ex. g. Si quis ſtipuletur eam ſibi nupturam, de qua dubitatur an ſoror ſit nec ne.

bus Paulus utitur, quanvis ſi Titius petat, exceptione ſummovere eum promiſſor poſſit, non ſunt affirmantis, & definientis in univerſum id Ius eſſe, cum quid quovis modo ob turpem cauſſam promiſſum eſt; ſed offerentis orationem per conceſſionem; & hanc ſignificationem habent: quanvis inciderit ea ſpecies, ut Titius in hac cauſſa exceptione ſummoveri poſſit. Non nego verba ſi per ſe ſpectentur, generaliter ſic accipi poſſe, quaſi ex omni ſtipulatione, qua quid ob turpem cauſſam etiam nominatim promiſſum ſit, actio exceptione removeatur. Sed nihilominus & in alteram partem, quam diximus, ſignificatio optime congruit. Sic fit, ut ſi nihil aliud, certe ſuperiore interpretatione hoc obtineamus, orationem hic eſſe ambiguam. Quo admiſſo res huc redit, ut quæratur, utra potius ſignificatio accipienda ſit. In quo habemus ex præceptis iuris, quod ſequamur, quæ dictant in ambigua voce legis eam ſignificationem ſumendam, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* de quo vide plura in commentariis ad *L. generaliter, D. de verb. oblig.*

XIX. Atque hæc ſunt, quæ fieri non poſſe dicimus, eaque de cauſſa inutiliter in conventionem deduci. Sequitur igitur, ut ea fieri poſſe intelligamus, in quibus utrumque concurrat, ut poſſint fieri & permittente natura, & iure. In quo illud notandum eſt, iure conceſſum aliquid exiſtimari debere, non ſi lex nominatim permittat, ſed ſi non prohibeat. *L. nec non, §. quod eius, D. ex quib. cav. maio.* Quæ autem prohibeantur iure, ſupra diximus. Unde intelligitur reliqua eſſe ea, quæ non prohibeantur, eoque & intelligantur conceſſa. Omnia eiuſmodi, ut in ſtipulatum & conventionem omnem conditione ſua [8] utiliter deducantur.

CAP.

8) Vid. Goed. *de Contr. ſtip. C. 6. Concl. 12.*

C A P. XXII.

De perſonis contrahentium. Ac primum qui quibus de cauſſis ex perſona ſua obligari non poſſint ex contractu.

Tranſitio. Ad contractum perficiendum neceſſaria perſona. I.
Perſona duplex aut promittentis, aut eius cui promittitur. De hac alibi: prior illa aut conditione ſua, aut cauſſa aliqua ad contrahendum inepta. II.
Conditione ſua ſervi. Horum obligatio ex iure civili nulla, etiam poſt manumiſſionem, niſi propter ipſam manumiſſionem ſecuta. III.
Cauſſa extrinſecus adveniente, a contrahendo removentur liberi homines. IV.
Cauſſa illa accidit aut rerum ad contrahendum neceſſariarum defectu, aut per iuris indulgentiam. V.
Res ad contrahendum neceſſariæ: conſenſus; & libera rerum ſuarum adminiſtratio. VI.
Conſenſus inopia ad contrahendum inhabiles furioſi, mentecapti, infantes, & prodigi, quatenus tales. Horum diſcrimen a reliquis. VII.
Adminiſtrationem adimunt ætas, & corporis vitium vel morbus. VIII.
Ætas pupillis & minoribus; vitium corporis mutis, cæcis, & perpetuo morbo laborantibus. IX.
Pupilli nihil gerunt & adminiſtrant, adeoque nec contrahunt nec obligantur iure civili, niſi auctore tutore; ſine illo tamen acquirere poſſunt, & alios obligant. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Quando pupillus naturaliter obligetur. XIII.
Adoleſcentes ſine curatore, non obligantur; ſi illum habent: ſecus ſi eo careant; ratio differentiæ. XIV.
Tentatur L. 101. D. de V. O. *conciliatio.* XV.
Item corporis vitio laborantes. XVI.
Rerum ſtipulationi neceſſariarum defectu nec mutus nec ſurdus ſtipulationem contrahunt; & quomodo. XVII.
Mutuum a litigatore, aut argentario iudici datum ad impedimenta ſuperiora ex iudicis perſona non pertinet; & quare. XVIII.
Summa & concluſio. XIX.
Iuris indulgentia nec filius familias ex accepto mutuo, nec mulier ex ſua interceſſione obligantur. Macedoniani & Velleiani S. C. tractatio quare hic omiſſa. XX.

I UTI ſunt res quatuor a nobis propoſitæ, quibus omnis contractus conuarct; de tribus illis prioribus a nobis dictum eſt, conventione primum, & conſenſu; deinde de fine contractus; tum de rebus & factis promiſſis, quatenus hæc iure valeant ad obligationem contrahendam, aut ſecus conſtituta quam iure oportet, quatenus obſtent obligationi. Reſtant perſonæ contrahentium, quibus maxime conſtat & perficitur omnis conventio; propter quas eaidem ſæpe fit, ne obligatio contrahatur. Non ſtatim vero qui quid promiſit, obligatur, quanvis ſuperiora illa omnia ita concurrant, ut iure comparata eſſe debere diximus ad obligationem.

II. Quominus qui obligetur ex contractu, aut ex perſona ipſius promittentis accidit; aut ex perſona eius, cui promittitur. Ex perſona promittentis, ſi is per ſe obligari non poteſt. Ex perſona eius, cui promittitur, ſi eſt is, per quem obligatio non poſſit acquiri ex contractu neque ipſi, neque per eum alteri. Quominus quis contrahendo ex perſona ſua obligetur, aut conditione ipſa perſonæ efficitur, aut cauſſa aliqua interveniente extrinſecus.

III. Perſonæ conditio obligationem impedit in his, qui quanvis alioqui intelligentes & omnium rerum quas fert contractus, capaces, tamen eo ſunt ſtatu perſonæ, ut adverſus eos in univerſum actio eſſe, & iudicium conſiſtere non poſſit, neque ex contractu, neque ex alia quavis cauſſa. Hi ſunt ſervi iure Romano, *L. ſervus, C. de iud.* Itaque de horum obli-

obligatione ita ius eſt. Servi ex contractibus ſuis [1] naturaliter & obligantur, & obligant. *L. ſervi, D. de obl. & act.* Natura enim omnes homines æquales ſunt, *L. quod attinet, D. de regul. iur. L. 4. D. de iuſt. & iur.* Civiliter autem nullo ex contractu, nullove facto ſuo extra maleficii cauſſam obligantur, *d. L. ſervi.* Quippe qui ita ſint iure civili, ut hoc iure pro nullis habeantur, *d. L. quod attinet, D. de reg. iur.* Quod non eam ſignificationem habet, quaſi non teneantur ſervi, quandiu ſervi ſunt; quod quidem dubitationem non habet, cum eo tempore nihil habeant ſuum; quod poſſint præſtare. *§. item vobis, Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Ac nec quidquam cum his iudicio agi poſſit, quos pro nullis eſſe diximus. *L. ſervus. C. de iud.* Sed eo pertinet, ut intelligatur, nullam hic obligationem eſſe, & quanvis ſervus ſit manumiſſus, tamen manumiſſum ex ante geſto, & facto ſuo præcedente non teneri. Quæ ſumma eſt totius *Tit. C. an ſervus pro ſuo fact. poſt manum. tenea.* Idem in *L. eum actum, D. de negot. geſt.* Una hic exceptio eſt, niſi quid ſervus domino promiſerit ob manumiſſionem, quo caſu in eum manumiſſum eo nomine actionem in factum dari placet, *L. 3. C. eod. tit.* Adeoque hoc verum eſt, ſervum ex contractu ex negotio a ſe geſto non teneri, ut ſi liber contraxerit, deinde ex ſuis cauſſis redigatur in ſervitutem, puta libertus ob ingratitudinem, ſtatim obligatio exſtinguatur; & ſi idem reſtitutus forte ſit poſtea indulgentia principis, tamen non redeat in obligationem ſemel liberatus. *L. ſervus effectus, D. de obligat. & action.* Prius ideo, quia cum ſervus effectus eſt, venit in eum caſum obligatio, a quo incipere non poſſe eam ante poſuimus. Quo modo obligationes omnes interire ſolent. *L. pro parte, D. de ſerv.* Poſterius ideo, quia exſtincta ſemel obligatio amplius non revocatur. *L. Mævius, 66. §. primo, D. de legat. 2. L. qui res, 98. §. aream, D. de ſolut.* De quo in genere liberationum & ſolutionum dicendum eſt. Quæ ſit ſervo-

1) *L. 41. de pecul. L. naturaliter 13. de cond. ind.* etiam domino ſuo *L. 5. §. ult. L. 9. § 2. de pecul.* Et vere quidem ex æquitate naturali, quia conditio ſervilis cauſſa perfidiæ iuſta non eſt, ut belle Govean *ad L. 1. §. 17. ad L. Falc. n. 7.* Nam quod Cuiac. *7. ad Afric. in L. 21. §. 2. de fidei.* ſcribit leges delictis poſitas tenere ſervos, quia a quovis exigitur ne delinquat; leges contractuum non tenere, quia fides in rebus contrahendis non exigatur a ſervo, cui vix unquam ſincera fides; Ac de ſe quem debere, qui eius fidem ſequitur, quis probet; quis etiam refelli dignum putet? Cumque una ſit obligatio naturalis ex æquitate ſola metienda, vid. *ſupra Cap. 2 N. 2.* non accedendum iis, qui iure quidem naturali, ſeu, ut alii, gentium primævo, obligari concedunt, iure autem gentium ſecundario negant, quia & eo ſervitus inducta ſit & ſtatus ſervorum annihilatus, ut Caſtr. *ad L. 1. de pact. n. 2,* Dec. *in L. 22. de R. I. n. 1.* Cagnol. *ibid.* Vacon. 1. *Declar. 17. n. 7.* Hoppes. *Lib. 4.* [illegible] *pag.* Curac. *ad leg. 32. de R. I.* Quod refellit Vaſq. *1. ill. Contr. 10. n. 17. & 2. ſeqq.* ubi & *n. 12.* iure civili ſtatum fuiſſe annihilatum ſervorum ex toto, non omnium gentium moribus, oſtendit. Quid quod Alc. *Lib. de 5. ped. præſcript. n. 104. & ſeq & in L. 1. §. de acq. poſſ. n. 3*0 iure gentium ſervos non multum a liberis differre aſſerat: Habere, eo iure, legitimam perſonam ſtandi in iudicio, militiæ nomen dare poſſe, dominis improlibus ſuccedere, bona propria habere, ex Iobi 31, *v.* 13. Geneſ 14. *v.* 14. *& C.* 15. *v.* 3. 2. *Reg.* 9. *v.* 10. *& Cap.* 16. Quæ tamen pinguiuſcule dicta videri poſſunt. Sed nec Connano 2. *Comm.* 3. aſſentior, qui in *d. L. 41. de pecul. & P. 32 de R. I.* ius gentium civilis appellatione contineri ſentit, & quia legibus comprobatus & quia, quatenus inſtituto hominum, non natura conſtat, inſtar ſit iuris civilis, ad ius naturæ relatum, ubi & *n.* 8. quæ a iure gentium venit obligatio ius continere & civilem nominari, quia a lege civili comprobata. *ibid.* naturaliter obligari ſervum id eſſe, quod vulgo de facto per *L. 41. de pec.* & arg. *L. 9 §. 6. eo* Ideo ſi factum aliquod ſervi interveniat, mutuando, accipiendo, ubi vere aliquid facit ſervus, gigni naturalem obligationem, nec factum præſtitum revocari poſſe, ideoque nec condici ſolutum, *L. 13. de cond. ind.* quia factum facto rependit. Et fideiuſſorem obligari, quia ſubſiſtit res obligationis. Ubi autem nullum factum intervenit, ut ſi ſtipulatione vel nudo pacto ſe adſtrinxit, item ſi emit antequam traditio ficta, nihil obligationis oritur, quia nihil factum quod obligationi naturali cauſſam ſeu materiam præſtet. Hinc rationem petit, cur ex fideiuſſione ſervus non obligetur *L. 20. de fidei.* quia nullum factum & naturalis actus intervenit, ſi nihil aliud quam fideiuſſit. Ita Connanus, qui & urget verba *L. 22. de R. I. nulla obligatio.* Cumque DD. reſpondeant nulla ſcilicet civilis; hoc eſt, regerit Connanus, nodum abſcindere non diſſolvere. Atqui & leges quæ naturalem obligationem ſervis tribuunt, indefinite loquuntur, & ſi vocula *nulla* omnem obligationem excludit, nec debuit Connanus eam ullo caſu admittere. Recte vero Ulp. *in leg. 41. de pec.* factum hic magis demonſtrari. Sed nunquid ſola traditio & acceptio, ſimileſque actus, factorum nomine veniunt. Nonne & venditio facti *L. 7. §. ult. de Cur. fur* & generatim omnes contractus. Quod ſi ſtrictius verbum faciendi acceptum velis, neceſſe eſt ut dationem excludas, vid. *ſupra Cap. 2. N. 1.* Quidni autem pro ſervo, quocunque modo contrahente, utiliter accedat fideiuſſor. Hoc vero vult IC. *d. L. 41.* hic nos non tam reſpicere effectus iuris civilis, quam attendere quid revera actum, geſtum, contractumve ſit a ſervo, quid eum ex facto ſuo præſtare æquum conveniens. Nunc factum aliquod ſub ſenſum cadens, & ſui indicium poſt ſe relinquens, magis cauſſam præſtat obligationi naturali, quam vel conſenſus vel æquitas naturalis? Nihil obſtat *d. L. 20. de fidei* Obligari fideiuſſoris nomine nequit; ſcilicet efficaciter & ita ut domino noceat, cui cum nullum ea ea cautione commodum obvenire queat, nec damno illum affici ex facto ſervi æquum eſt. Obſtrictus tamen ſervus ut præſtet, ſi poteſt, ſine domini fraude. Nec enim aliud æquitas, ex qua omne hoc metimur, vel exigit vel patitur. Unde ſi ex cauſſa peculiari fideiuſſit, quatenus ex peculio ſolvit, nulla repetitio *L. 19. de fidei.* quia nec hic ulla fraus domini. Denique venditionem inter dominum & ſervum naturaliter conſiſtere probat *L. 10. pro emptore.* Nec recte Gœd. *in L. 26. de V. S. n. 11.* ut reprehendat Iulianum, quem a calumnia vindicavi *ſupra Lib 5 Cap. 25 N 7.* iure naturali inter dominum & ſervum non conſiſtere obligationem extra cauſſam peculiarem, vid. & Gomez. 2. *Reſol 1. n. 3.* Giſan. *ad L. 14. de O. & A. n. 5. & 3. ſeqq.* Cæterum DD. ſervis comparant monachos, quia ſuum velle ac nolle non habeant. Sed Duarenus *de Cond. ind. C. 6. f. 909.* Experimur, ait, monachos & velle cum edendum ac potandum eſt, & nolle cum ieiunandum.

2 Hinc conditio reddendarum rationum libertati ſervi actoris teſtamento relictæ præponi ſolita, vid. *Lib. 8. Cap. 33. N. 2. & N. 4.* quia, ea omiſſa, pure manumiſſus non cogebatur reliqua ſolvere *L. 37. de fid. Lib. per hunc tit. C. An ſerv. &c.* Cuiac. 9. *ad. Afr. in L. 32. de cond. & dem.* Teſtimonium autem manumiſſus perhibet de iis quæ vidit in ſervitute, Gœd. *ad L. 99. §. ult. de V. S. n. 5. poſt.* Vigl. *in §. teſtes I. de teſtam. n. 9.*

vorum obligatio ex maleficiis, etiam tum dicetur in noxalibus actionibus.

IV. Liberorum hominum longe alia conditio eſt. De quibus ſic generaliter definiendum eſt, nunquam conditio perſonæ ſola promittenti obſtat, quominus liber recte obligetur. Argumento eſt certiſſimo, & quod unum hic eſſe debet pro omnibus. Nam ſi quis eſt inter liberos, cuius ſit præter cæteros imminuta libertas, is eſt filiusfamilias. Hic conditione & iure poteſtatis non multum differt a ſervo. Eſt enim ita in poteſtate patris, ut ſervus in poteſtate domini; uno hoc excepto, quod filiusfamilias liber eſt. *Inſtit. de his qui ſunt ſui vel al. iur.* Unde in acquirendi ratione ius olim idem fuit in filiisfamilias, quod in ſervis. *L. placet. D. de acquir. hered. L. 1. D. ſi a par. quis fuer. manum.* & conſtat ex *Tit. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Et ut domino ſervum occidere ius fuit, ita & patri filium, *§. in poteſtate. Inſtit. de his qui ſunt ſui vel al. iur. L. in ſuis*, in fin. *D. de lib. & poſt.* Verumtamen de filiisfamilias hæc certi iuris definitio eſt, filiumfamilias ex omnibus cauſſis, id eſt tam ex contractibus, quam ex maleficiis, tanquam patremfamilias obligari. Et agi cum eo tanquam cum patrefamilias poſſe. *L. filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tam ex contractibus, D. de iudic.* Nihil ergo, ut dixi, liberis hominibus obſtat ſola conditio perſonæ, quominus contrahendo, ut ex aliis cauſſis, iure obligentur. Sed alia extrinſecus interveniunt nonnunquam, quæ cum acceſſerint, obſtent obligationi.

V. In quo hæc iſtarum cauſſarum ſumma diviſio eſt, ut qui promittunt, ex perſona ſua contrahendo non obligentur, vel quia deſtituuntur rebus ad contrahendum neceſſariis; vel quia his alioqui obligationis cuiuſvis capacibus, tamen beneficio iuris certis in cauſſis, & certa ratione obligatio remittitur; ut illic res ipſa obligationi obſtet, hic iuris indulgentia & beneficium[3].

VI. Res ad contrahendam obligationem neceſſariæ, quæ quidem ſpectentur in promittentis perſona, duæ ſunt ſummæ omnium contractuum communes, conſenſus in rem certam, & libera rerum adminiſtratio. Proinde totidem res contrariæ, quæ vi ſua obligationem ex contractu impediant: animus iudicii & voluntatis expers; & denegata rerum ſuarum libera adminiſtratio.

VII. Animus voluntatis expers eſt in furioſis, mente captis, infantibus, prodigis quatenus hi tales ſunt. Furioſi quidem, mente capti, & infantis, id eſt minoris ſeptem annis. *L. ſi infanti, C. de iur. delat.* nullum iudicium, nullam adeo in negotiis gerendis voluntatem eſſe conſtat: quia pariter hi non intelligunt, quid agatur. Ideo hac ipſa ratione nullum eos negotium gerere poſſe traditur. De 3 furioſo traditum in *L. furioſi, D. de reg. iur. L. 1. § ult. D. de obl. & act. §. furioſus, Inſt. de inut. ſtipul.* de infante in *§. pupillus, Inſt. eod.* Et quod de furioſo dicitur, etiam de mente capto dictum intelligendum eſt, etſi furore non corripiatur. Cum quod furioſo in rebus gerendis denegatur, non alia de cauſſa denegetur, quam quod mente careat. *§. præterea, Inſt. quib. non eſt permiſ. fac. teſt.* Ergo hi quid gerendo non obligantur, quia his nihil intelligentibus deeſt voluntas. Proinde & conſenſus. Nullus autem contractus ſine conſenſu. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quæ res facit, ut nec [4] tutoris aut curatoris auctoritate accedente iſti obligentur. *L. in negotiis, D. de reg. iur.* Prius eſt enim, ut quid agatur, quam ut tutor curatorve dicat ſe probare id quod agitur. Hoc autem probare eſt auctorem fieri. *L. 3. D. de auct. tut.* Prodigus, cui bonis interdictum eſt lege, in eadem cauſſa cum furioſo habetur, cum de eo obligando, & deminuendo eius patrimonio agitur. Scilicet ut promittendo nec natura obligetur *L. is cui, 6. D. de ver. obl.* nempe hactenus ſimilis furioſo, cum alienat quid, aut ſe obligat, ut qui in bonis deminuendis furioſum faciat exitum, ut eſt in *L. his qui. §. ult. D. de tut. & cur. dat.* Cæterum hoc diſtat a ſuperioribus tribus, quod cum illi nullum negotium gerere poſſint, neque quo obligentur ipſi, neque quo ſibi obligationem acquirant: *d. L. in negotiis, D. de reg. iur.* hoc in prodigo diverſum eſt, quod qui

3) Niſi contraxerit in dilucidis intervallis, arg. *L. 9. Cod. Qui teſt. fac.* Vult. *in pr. I. de V. O. n.* 30. Gœd. *de Contr. ſtip.* C. 7. *n.* 14. Setler. *Lib.* 1. *de Iuram.* C. 4. *n.* 12. ubi *n.* 13. an intermiſſionis tempore actus geſtus, ex eo æſtimari, an more ſapientis fecerit, & Niell. *Diſp. feud.* 2. *Th.* 4. *lit. A.* Aliter diſtinguit Loriot. *ad L. 3. & ſeqq. de R. I. f.* 534. Superveniens quoque furor obligationem contractam non dirimit *L.* 70. *§. pen. de fidei. leg.* 8. *de his qui ſu*, quia quæ facti ſunt, & naturalia, non poſſunt tollere ea, quæ iuris & civilia, Setler. *d. n.* 12. Vid. & Gomez. 2. *Reſol.* 14. *n.* 28. ubi vult idem eſſe in amore capto, per *§. ult. I. de ſucceſſ. ſublat.* ſed ſi cum amica celebretur contractus, non ſi cum aliis. Eman. Soarez. *ibid. in annot. lit H.* Idem in ebrio, quia neſcit quid loquatur *Cap. ſane* 14. *Quæſt.* 1. Et ubi ebrietas ibi furor *Cap. venter.* 35. *diſt.* Tiraq. *de Pœn. temperand. Cauſſa* 6. *n.* 8. Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 7. *Concl.* 11. Forſt. *de Pact.* C 5. *pag.* 95.

4) Quod enim iudicio pupilli deeſt, ſuppletur iudicio tutoris. Furioſus autem cum prorſus mente careat, nihil eſt quod ſuppleri poſſit. Vult. *in §. ult. I. de obl. n.* 13.

qui promittendo non [5] obligatur, idem ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirit. *d. L. 6. de verb. obl.* Nec refragatur regula iuris, qua traditur, furioſi, vel eius cui bonis interdictum eſt nullam voluntatem eſſe. *d. L. furioſi, de reg. iur.* Hoc enim ſic accipiendum eſſe omnes concedent, nullam voluntatem eſſe furioſi, quatenus furioſus eſt, & eius cui bonis interdicitur, quatenus interdicitur. Ut proinde hoc dici intelligamus nullam unquam furioſi voluntatem eſſe, quia ubique & omni re gerenda eſt furioſus. Eius autem cui bonis interdicitur, non ſemper neque in omnes partes nullam eſſe voluntatem; quia bonorum interdictione non interdicitur ei omni adminiſtratione, ſed tantum deminutione bonorum. *L. Iulianus, D. de cur. fur.* Et hactenus comparatur furioſo, utpote in hac deminutione furioſum faciens exitum, ut dixi, *d. L. his qui, §. ult. D. de tut. & cur. dat.* Merito igitur ſi quid ita geret, ut acquirat, quemadmodum abeſt interdictio legis, ita & prodigus recte velle intelligetur, & propter voluntatem ſibi acquiret.

VIII. Rerum ſuarum denegata alicui adminiſtratio & ipſa obligationem impedit in his, qui ſecus, quam illis adminiſtratio conceditur, ſe obligare velint. Hanc adminiſtrationem hominibus quanvis alioqui intelligentibus duæ res adimunt; partim ætas, partim corporis vitium, vel morbus.

IX. Ætas in impuberibus, qui infantiam exceſſerunt, tum in adoleſcentibus puberibus. Vitium corporis in mutis, ſurdis, cæcis, & perpetuo morbo laborantibus, quibus quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, curator dari ſolet. Sed his adimitur hæc adminiſtratio diſſimiliter. Unde & in obligatione contrahenda diſſimili iure habentur.

X. Impuberes, qui infantiam exceſſerunt, tutore auctore quidvis recte gerunt in his rebus, quorum alienatio ſine decreto non eſt interdicta. Ideo tutore auctore, & alios ſibi obligare, & aliis obligari poſſunt. *L. in negotiis. D. de regu. iur.* quod & in his, qui infantiæ proximi ſunt, benigne receptum eſt. *§. pupillus. Inſt. de inut. ſtip. L. 1. §. ult. D. de obl. & act.* Sine tutoris autem auctoritate ſi quid gerunt; ſi quidem ſibi acquirunt, & hoc ratum eſt, quod quidem fiat ſine eorum diſpendio, & ſine ullo aliquid in poſterum inde amittendi metu. Quod ſi aut non acquirunt quid, aut acquirunt quidem, ſed quod ſit cum onere, aut periculo damni coniunctum, obligari non poſſunt. *Inſt. de auct. tut. L. obligari, D. eod. §. pupillus, Inſt. de inut. ſtip.* Idque ita eſt, ſive tutorem habeant, quem poſſint tutorem adhibere: ſive non habeant, ut eo auctore uti non poſſint. Cuius rei non aliud eſt certius argumentum quam quod placuit, impuberem ſi in patris poteſtate eſt, ne auctore quidem patre obligari. *L. ult. §. 1. D. de verbor. oblig. §. ſed quod diximus, Inſt. de inut. ſtip.* Cur enim non obligatur? Quia ita ius conſtitutum habemus, ut impubes non poſſit obligari ſine tutoris auctoritate. *d. L. obligari. de auctor. tut. §. pupillus, Inſt. de inut. ſtip.* Qui autem in poteſtate patris eſt impubes, is tutorem non habet nec patrem, nec alium quemlibet: cum in tutela vel curatione ſolum ſint hi, qui poteſtate patria ſoluti, cœperunt eſſe ſui iuris. *Inſt. de tut.* in pr. Sed cur auctoritatem patris hic non recipimus, ſimiliter ut tutoris? An quia auctoritas tutoris pupillo rem gerenti fidelior eſt, & certior, quam patris? Abſurdum. *Quis enim talis affectus extranei invenatur, qui vincat paternum?* Ut bene ſcriptum eſt in *L. ult.* in princ. *C. de curat. fur.* Sed hæc cauſſa eſt, quod tutoris auctoritas non quæritur tantum ad impuberem obligandum, ut conſilio & fideli upera tutoris adiuvetur pupillus in re promittenda & obligatione ſuſcipienda: ſed eo potiſſimum, ut ſi quid hic male geſtum ſit aliquo auctore, conſultum eſſe poſſit poſtea pupillo. Id autem ſit, tutore adhibito. Cuius hæc obligatio eſt, ut ſi qua culpa eius factum ſit, quominus res bene probaretur, id præſtet pupillo finita tutela. *L. 1. D. de tut. & rat. diſt.* Nulla eiuſmodi [6] obligatio eſſe poteſt patris comprobantis quod filius ſuo nomine geſſerit. Vel hoc nomine maxime, quod conſilii non fraudulenti nulla obligatio eſt. *L. conſilii, D. de reg. iur.* Si modo qui conſulit, nullo munere publico obſtringatur ad rem eius, cui conſulit,

[5]) Et quod favore prodigi inductum, &c. *L. 25. de LL.* Don. *ad d. L. 6. n. 13.* Vult. *in pr. l. de V. O. n. 32.* Obligari autem eum nec adhibito iureiurando vult Gomez. 2. *Reſolut.* 14. *n.* 32. & Setſer. *Lib. 1. de Iuram. Cap.* 5.

[6]) Ita & Hot. *in d. §. 10.* Aliter Cuiac. *in not. poſter. ibid.* quia ceſſat utilitatis ratio. Filius enim patri acquireret, pupillus non tutori, ſed ſibi, & Baro *ibid.* volens cum hodie ſtipulando ſibi, acquirat proprietatem & obligari promittendo, auctore patre, ref. Hart. Piſt. *Lib. 4. Q. 11. n.* 14. Aliter Hopper. *Lib. 3. πιθανῶν pag.* 97. quia patria poteſtas, quæ iuris domeſtici, non pertinet ad ea quæ iuris communis. Incongrue. Si tamen peculium filiifamilias impuberis locupletius, naturaliter eum obligari vult Cuiac. 22. *Obſ.* 23. alioquin pater non tenetur actione de peculio *L. 1. §. 4. de pec.*

Digitized by Google

ſulit, bene gerendam. Quale munus in patre filium in poteſtate habente nullum eſt. Et de hoc loco plura ſcripſimus ad *d. L. ult. de verb. obl.*

XI. Adeo autem verum eſt, pupillum & ſine tutoris auctoritate alium ſibi obligare poſſe; ipſum autem promittendo, aliterve paciſcendo ſine tutoris auctoritate obligari non poſſe; Ut in emptione, & venditione, aliiſque contractibus in quibus mutuæ ſunt obligationes, ſi quid pupillus cum alio geſſerit, contraxerit, ſine tutoris auctoritate, placeat pupillum ſibi obligare eum, cum quo contraxit, ipſum autem illi non obligari. *Si quis a pupillo*, inquit Ulpianus, *ſine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere conſtat contractus. Nam qui emit, obligatus eſt pupillo; pupillum ſibi non obligat.* Hoc in *L. Iulianus, §. ſi quis a pupillo. D. de act. empt.* Quo ſignificatur, ſi emptor in propoſito rem venditam petat, licere tutori dicere pupillum non teneri, & poſſe pupillum impune venditioni non ſtare. Contra ſi tutori videatur venditio utilis eſſe pupillo, recte ultro acturum pupillum cum emptore, ut pretium præſtet. Quod tamen intelligendum eſt licere ei facere hac conditione, dum prius ipſe rem venditam offerat. Alioqui poteſt exceptione doli mali removeri, ut fieret, ſi quid emiſſet, & rem venditam peteret non oblato pretio. *d. L. Iulianus, §. offerri. de act. empt.* Cæterum dum hoc offerat, quod ex venditionis cauſſa præſtandum eſt, recte aget cum emptore, quem eo nomine obligatum habet. Quod non item licet emptori, ſi inſtituat agere cum pupillo, utpote non obligato; quantumvis pretium offerat. Ita vere dicitur ab Ulpiano conſtare ex uno latere huiuſmodi contractum.

XII. Verendum, ne ſit contrarium quod dicitur in *L. 1. D. de reſcind. vend.* ſi venditio cum pupillo recte contracta ſit tutore auctore, non poſſe conſenſu pupilli ſine tutoris auctoritate ita abiri ab emptione, ut ipſe liberetur, alter tantum maneat obligatus; quod nihil aliud eſt, quam non poſſe pacto effici, ut ex uno tantum latere conſtet contractus. Sed multum diſtat, utrum de contrahenda emptione agatur, an vero de recte contracta diſſolvenda. Ab initio cum de contrahenda emptione agitur, ita ius eſt, ut pupillus ſine tutoris auctoritate obligari non poſſit, at idem ſibi alium recte obliget. Quod ius ab initio illam inæqualitatem admittit, quam ante dixi. Poſtquam autem emptio ſemel contracta eſt, commutatur iuris ratio, & incipit contractus atque obligatio ad regulam iuris pertinere, qua efficitur quibus quidque modis contractum eſt, iiſdem in contrarium actis diſſolvi. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Unde fit, ut contracta emptio cum pupillo tutore auctore, non poſſit niſi tutore auctore diſſolvi, ſed neceſſe ſit, cum de ea diſtrahenda convenit, aut utrumque obligatum manere, aut utrumque liberari.

XIII. Et pupillum ſine tutoris auctoritate civiliter non obligari conſtat. An obligetur ſaltem naturaliter, magna quæſtio eſt, Et de eo ſcripſi fuſe ad *d. L. ſi pupillus, 127. D. de verb. obl.* Sed tamen ad hanc ferme ſententiam, ut ſi impuhes infante maior, idem adhuc ſit infantiæ proximus, non obligetur is conſenſu ſuo ne naturaliter quidem. Sin ſit proximus pubertati, obligetur naturaliter. Id eſſe interpretans, in quo illi ſeparantur in *§. ſed quod diximus, Inſt. de inut. ſtipul.* Sed & hoc, quod dixi, cum qui pubertati proximus eſt, promittendo ita obligari; docui ibidem ita accipiendum, ut ſi hæc obligatio perveniat ad alios, recte dicatur pupillus obligari iſto modo; quia obligatio aliis noceat. Sin conſiſtamus in perſona pupilli, ut illi ea obligatio noceat, dicemus eum nec natura obligari, quia vere ei ea obligatio non obſit. Sed & de eo diximus ſupra in naturali obligatione; neque nunc quæſtio adeo ad hunc locum pertinet, in quo de civili & efficaci obligatione agitur.

XIV. Adoleſcentum puberum diverſa cauſſa eſt. In quibus hæc iuris diſtinctio eſt, cum de his ex contractu obligandis quæritur: ut ſi quidem adoleſcens curatorem habeat, is ſine curatoris auctoritate non magis [7] obligetur, quam is cui a prætore

7) Eſt & hæc Quæſtio multum diſceptabilis, in qua noſtri conſentiunt, & pluribus hanc opinionem adſtruere nituntur. Rob. 1. *Anim.* 12. & 1. *not. ad Merc.* 12. Mercer. 1. *Op.* 6. Gœd. *ad L.* 21. *de V. S. Contr. ſtip. C.* 7. *Concl.* 14. Val. Guil Forſt. *de Pact. C.* 5. *pag.* 103. & *ſeqq.* nonnihil tamen in expoſitione *d. L.* 101. & *d. L.* 3. variantes. Mihi ſane contraria Cuiacii *ad d. L.* 101. & 19. *Obſ.* 33. & 21. *Obſ.* 23. ſententia ſemper probabilior viſa eſt, quam firmant Vult. 1. *D ſt.* 16. Bron. 1. *Aſſ.* 33. Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 41. Phil. Matth. *ad L.* 2. §. 1. *de R. I. n.* 15. & *ſeqq.* Arum. *ex Inſt.* 3. *Th.* 17. Nam *d. L. puberes* 101. clarior & apertior ſententia eſt, quam ut interpretationibus, quas comminiſcuntur noſter & alii, eludi elidive queat. Accedit *L.* 43. *de O. & A.* ubi verba, *ſuæ poteſtatis*, ita exponere, ut ſignificet adoleſcentem a cura liberum, inconveniens puto, cum curatoria poteſtas, non perſonam minoris, ſed illius res reſpiciat. Denique nec defectus conſenſus impedimento eſt huic obligationi, quia dicitur minor ſtabilitate iudicii præditus 5. *ad l. Quib. man. non eſt.* poſtulare poteſt *L.* 1. §. 3. *de poſtul.* hereditatem adire, &c. & teſtamentum condere *L.* 5. *Qui teſt. fac.* nec effectus curatoriæ poteſtatis, cum nec patria poteſtas, quæ indubie maior,

Digitized by Google

tore curatore dato bonis interdictum eſt. Sin ſine curatore conſtitutus contraxerit, obligetur iure; ſed ex edicto generali de minoribus implorare poſſit in integrum reſtitutionem. Exſtat hæc diſtinctio pæne diſerte ſcripta in *L.* 3. *C. de integ. reſt. min.* Cui diſtinctioni conſequens eſt, quod traditur in *L. ult.* §. 1. *D. de verb. obl.* puberem qui in poteſtate eſt, perinde ut patremfamilias obligari poſſe. Cur enim obligatur, neque hic curatoris auctoritatem requirimus? Quia eum qui eſt in poteſtate patris, certum eſt non habere curatorem. Ut enim tutela, ſic & cura eorum eſt ſolum, qui ſunt ſui iuris. *Inſt. de tut.* in pr. Sed cur ſine curatoris auctoritate non poſſit is etiam, qui curatorem habet, cum curatorem non habens poſſit conſenſu ſuo obligari, nullius curatoris adhibita auctoritate? Quid enim, an plus valet intelligentia & prudentia, qui curatorem non habet, quam qui habet? Quod ſi eadem eſt in utroque; cur non utrumque ſine curatoris auctoritate pariter obligari dicimus? Ratio differentiæ poſita eſt in conceſſa aut denegata rerum adminiſtratione. Nam antequam curator detur, ſatis facultatis eſt puberi ad ſe obligandum, nec ea facultas interpellatur a quoquam, cuius poteſtati ſubiicitur. Curatore autem ſemel dato, hæc facultas curatore non adhibito adimitur. Quo enim curatorem dari, niſi ut eius auctoritate res adminiſtrentur, ac ſine auctoritate nihil ratum ſit in rerum adminiſtratione? Sic tutoris auctoritas eſt. Sit ergo & curatoris; quando coniunctim tutoribus curatores accipiuntur, inquit Ulpianus, id eſt, quod de tutoribus dictum eſt, etiam ad curatores pertinet. *L. qui neque*, §. 1. *D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt.* Significatur autem ſatis hæc ratio in *d. L.* 3. *C. de in int. reſtit. min.* ubi tum dicitur prodigo bonis interdici a prætore, cum prætor ei curatorem dedit. Ut merito hoc ius de pubere ſine curatoris auctoritate non obligando ad hanc cauſſam retulerimus.

XV. Hac diſtinctione poſita, quæ minime dubia eſt, & eſt vetus, ut patet ex *d. L.* 3. *C. de in int. reſt.* recte faciemus, ſi demus operam, ut ſecundum eam, ſi quo modo licet, interpretemur *L. puberes*, 101. *D. de verb. obl.* quæ alioqui verbis diſſidere maxime videtur. Sic enim verba ſunt; *puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari*. Hæc verba, *ſine curatoribus ſuis*, proprie pertinent ad eos puberes, qui habent ſuos curatores: ut hoc dici intelligatur, puberem quanvis curatorem ſibi datum habeat, qui ſit eius curator, poſſe tamen ſine eo curatore ex ſtipulatu obligari. Sed oſtendi ad eam legem pluribus verbis id defendi non poſſe, repugnante non ſolum *d. L.* 3. *de in int. reſt. min.* ſed etiam omnium veterum ſententiis, quæ exſtant in Pandectis de hoc genere. Itaque ſi quid ad ius tam multis locis, & tam non obſcure teſtatum accommodate dicere volumus, res cogit alterutrum dici, aut deeſſe illic negationem, ut ſit *poſſunt*, pro *non poſſunt*. Aut ſi id non licet, ſic locum eſſe interpretandum, ut ſit ſententia puberes obligari poſſe etiam ſine curatoribus ſuis; verumtamen ſuis, non quos ſuos iam habent, ſed quos ſuos iure habere debent, de quo vide plura in commentariis ad *d. L. puberes*. Unum præter cætera ad id confirmandum ſemper maximum momentum habebit, ſi tenebimus illud, quod ſupra dixi, non ob aliam cauſſam curatorem dari, niſi ut eius conſilio & auctoritate ea adminiſtratio regatur: utpote alioqui inutilem futuram.

XVI. Quapropter & in his, qui propter corporis vitium, aut morbum curatorem accipere ſolent, eadem diſtinctio adhibenda eſt: ut ſi quidem nondum acceperunt, nihil ſit impedimento, quominus promittendo & aliter contrahendo, cum cætera idonea concurrant, ſe obligent. Poſtquam autem acceperunt, nihil ratum ſit ad obligationem ab illis contrahendam ſine curatoris ſui auctoritate.

XVII. Atque hæc impedimenta obligationi ex perſona debitoris obſtantia, generalia ſunt, pertinentia in commune ad omnes contractus, omnemque quæ ſit ex contractu, obligationem. Sunt & impedimenta huiuſmodi quædam quorumdam contractuum propria. Quæ & in his obſervanda ſunt. Ac generaliter de his ſic habendum: quod in univerſum efficit ino-

pia

maior, eidem obſiſtat. Ex quo etiam patet ab adminiſtratione rerum non commiſſa, ad obligationis incapacitatem argumentum duci non debere. Nam ſi filiusfamilias iure veteri, quo nec ulla bona habebat (niſi caſtrenſia) nec adminiſtrationem, niſi peculiarium, extra cauſſam tamen peculiarem obligari potuit, ad hoc ut ſui iuris redditus efficaciter conveniri poſſet: Quidni etiam facilius minor, durante cura, perſonam ſuam efficaciter obſtringat, ita ut quidem ſolvendo rem promiſſam ac debitam ſe liberare nequeat, ob alienationem ipſi inhibitam, annos tamen Lætoriæ legis egreſſus (ut loquitur *L.* 2. *C. Th. de. do.*) ad impletionem & perfectionem contractus teneatur. Unde Cuiacii illam reſtrictionem non admitto 19. *Obſ.* 33. & 1. *not. Merc.* 12. quaſi ex cauſſa venditionis obligari nequeat, ſed ex aliis cauſſis, quæ ſolemnitatem iuris deſiderant, &c. Sed hoc forte alio loco plenius excutiam. Hic accurate ſingula perſequi non licet.

Digitized by Google

pia earum rerum, quas omn's contractus deſiderat, hoc in ſingulis generibus efficere inopiam earum, quas unumquodque proprie deſiderat. Utputa, ſtipulatio præter conſenſum exigit hæc propria duo, verba ſtipulantis & promittentis, quia verbis conficitur; item ut uterque alterum loquentem exaudiat: quorſum enim verba, niſi ut qui inter ſe loquuntur, alii alios audiant, & intelligant? Ea res facit, ut neque mutus neque ſurdus ſtipulationem contrahere poſſint, ſive ſtipulentur, ſive promittant. Ille, quia non poteſt loqui; hic, quia non poſſit loquentem exaudire. Hæc in *L. 1. §. ult. D. de obl. & act. §. mutum. Inſt. de inut. ſtip. L. 1.* in princ. *D. de verbor. obl.* In quo perſpicuum eſt nihil conſtitui propter conditionem perſonæ muti aut ſurdi; qui alioqui cætera quæ conſenſui conſtant, recte [8] gerunt aut per nuntium aut per epiſtolam. *Inſt. de obl. ex conſ.* Sed cur iſti ex ſtipulatu obligari non poſſint, aut promittere, cauſſam in eo eſſe, quod non poſſint præſtare ea, quæ proprie fert ſtipulatio.

XVIII. Neque privata impedimenta plura occurrunt in aliquo genere contractus, quibus fiat, quominus quis ex perſona ſua obligetur. Videri tamen poteſt eiuſmodi aliquod ſubeſſe in cauſſa mutui in perſona iudicum, quibus aut [9] litigator mutuam pecuniam dat, aut dat collectarius, id eſt argentarius, eius honoris redimendi cauſſa. Idque propter *L. quiſquis, C. ſi cert. petat.* qua cavetur, ut ſi quid horum factum fuerit, is qui dedit, una cum iudice exilii pœna plectatur. Et apparet quidem his verbis pœnæ metu mutuum prohiberi. Nam permiſſum pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adulter.* Sed videndum eſt, quatenus id mutuum prohibeatur. Nempe prohibetur hactenus, non ut ne mutuum contrahatur: ſed ut ſi pecunia ita, ut diximus, mutua data erit, ſequatur exilii pœna. Prius ergo mutuum datum lex exigit, cuius datio poſtea plectatur. Non poteſt autem mutuum eſſe, niſi ex quo mutui obligatio, & certi condictio naſcatur. *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* in pr.

Tom. III.

XIX. Quæ ſi ita ſunt, ſumma huc redit, ut ſi qui ſint liberi, qui & intelligant, quod agitur, & poſſint ea præſtare, quæ ſunt contractus eius, de quo agitur, nec interdicta libera adminiſtratione per ſe obligari prohibeantur: generaliter tenendum ſit, nullos liberos homines, ne filiosfamilias quidem, iure impediri, quominus contrahendo voluntate ſua recte obligentur; niſi ſi quibus beneficio iuris ſpecialiter hoc tributum ſit, ne obligentur.

XX. At hoc fit interdum; eſtque hoc genus alterum eorum, quos non obligari ex perſona ſua diximus. Tributum [10] hoc eſt filiisfamilias in pecunia credita, & mulieribus in interceſſionibus. Filiofamilias ſi pecunia mutuo data ſit, cautum eſt ſenatuſconſulto Macedoniano, ne detur in eum actio eo nomine, nec in patrem eius de peculio. *L. 1. D. de ſen. Mac. §. illud. Inſt. quod cum eo.* Mulier ne intercedat pro alio, ſimiliter cautum ſenatuſconſulto Velleiano, & ſi interceſſerit, denegatur in eam actio. *L. 1. L. 2. D. ad ſen. Vell.* ut appareat ſenatuſconſultum exceptionem habere ad hunc locum pertinentem, quæ oſtendat duas eſſe has perſonas, quæ in ſupra ſcriptis cauſſis non obligentur. Itaque non alius locus eſt de his ſenatuſconſultis tractandi idoneus, quam hic ipſe de perſonis

Ss

8) Per ſigna enim vel corporis motus, animi ſenſa declarare poſſunt. Diſtinguit tamen inter ſurdos ac mutos a caſu & a nativitate. Hos ſiquidem nullos contractus inire poſſe ſtatuunt, eum nihil intelligere dicantur, infantibuſque comparentur *L. 65. §. 3. in fin. ad Treb.* Tiraq. *Privil. pia cauſſa* 9. Gomez. 2. *Reſol.* 14. *n.* 29. Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 7. *Concl.* 15. *n.* 283. ubi tamen exempla non deeſſe ſcribit eorum, qui ita nati intellectu eximie pollentes, quid agatur optime percipere poſſunt. Unde in iis diſtinctio hæc non recipienda. Vid. & de contractu muti Io. Vinc. Honded. *Vol. 1. Conſ.* 37.

9) Videtur enim dari gratis eius corrumpendi gratia, ut libidinoſam (ceu vocat. Cic. *pro domo*) ſententiam dicat: vid. Fr. Pr. Pollet. *Lib.* 5. *Hiſt. fort. C.* 9. *ibique in Corollar.* Philip. Broidæ. *n.* 9. Significatur itaque in d. *L. pen.* qui acta eſt iudex & accipit ab iis inter quos iudicat. Pac. 3. Q. 75. licet alium eidem ſenſum affingat Andr. Clud. *de Condict. certi Cap.* 3. *n.* 67. *& ſeqq.*

10) Quid in Principe? Num is ex contractu cum ſubditis inito efficaciter obligatur. Omnino. Nam in contractibus iure privatorum utitur. Quin imo firmios arctiuſque eum obligari convenit qui mutuæ fidei vindex: vid. Bodin. 1. *de Rep.* 8. *p.* 156. *& ſeq* P. Greg. 8. *de Rep.* 8. Zaſ. *ad L.* 9. §. *eodem tempore* 10. *de O. L. n.* 21. Greg. Lopez. *Anim. Cap.* 35. *n.* 8. *& ſeqq.* Vaſq. 1. *Ill. Controv. Cap.* 3. *& Cap.* 26. *n.* 16. *& ſeq. & Cap.* 45. *n.* 13. *& ſeqq.* Coſt. *in L.* 1. *de pact.* Bron. 1. *Aſſ.* 12. Georg. Aca. Enenkel. *Lib.* 3. *de Privileg. Cap.* 8. Vinc. Cabot. 2. *Diſput.* 10. *& ſeq.* & quos citat Rauchb. *pag* 2. Q. 12. *n.* 5. Non obſtat quod tradunt, Contractus Principum habere vim legis, per *L.* 15. *D. de public. L. pen. Cod. de don. int. vir.* Gail. 2. *Obſ.* 127. *n.* 8. Valaſc. *Iur. Amphy.* Q. 5. *n.* 10. Princeps autem legibus ſolutus. Nam id tum eo ſenſu a DD. non aſſeritur, tum a multis negatur. Eman. Soarez. *in annotat. ad Gomez.* 2. *Reſol.* 1. *lit. A.* Lopez. *d. Cap.* 35. *n.* 1. Vicem equidem legis obtinet *d. L. pen.* ſed ad hoc ut lege repugnante ſubſiſtat, utque quem privatus non legitime iniret, pro iuſto & legitimo habeatur. Cuiac. 26. *Obſ.* 35. Lopez. *d. C.* 35. *n.* 19. atque ſic ut eo magis non ut minus ſervetur ac valeat. At in *d. L.* 15. vocula *legem* ſignificat pactum, ut alias ſæpe Lopez. *ibid. n.* 13. non legem Principis, promulgatam poſt locationem, ut Soarez. *d. loc.* minus autem legem Cenſoriam, ut Forner. 1. *Select.* 25. pro *Cæſar* reponens *Cenſor.* Quatenus contractus principum teneant ſucceſſores, vid Tiraq. *de Iure primigen* Q. 35. *n.* 30. *& ſeq.* Decian. *Vol.* 1. *Reſp.* 25. *& Vol.* 2. *Reſp.* 35.

Digitized by Google

nis eorum, qui obligari non poſſunt, idque ex perſona ſua, in quo verſamur. Sed quoniam utriuſque ſententia plura continet, quam ut ſtatim cognoſci poſſint, & res dignum tractatum habet: ne longiore tractatione interrumpatur curſus diviſionis propoſitæ de iis, qui non obligantur: viſum eſt hæc duo ſeponere, & tractare ſeparatim ſequentibus capitibus: ſic tamen, ut cogitatione tractatio illa tota huc referatur. Nunc ad reliquam partem diviſionis propoſitæ pergemus.

C A P. XXIII.

Eſſe quaſdam perſonas, per quas ex contractu obligatio ſeu actio aut in totum, aut in ea ſpecie, de qua agitur, acquiri non poteſt. Hinc ex eius perſona alio quodam genere obligationis non contrahendæ accidere ei, qui promittit, ne obligetur.

Promittentis obligatio nulla, ſi cum illo negotium geſtum, qui nec ſibi nec alii obligationem poſſit acquirere. I.
Quominus poſſit, aut natura ſit, aut iure probibente. II.
Natura obligationem acquirere prohibetur furioſus & infans, & quidem in omnibus cauſſis. III.
Item pupillus, minor, & prodigus, præterqnam ſi de acquirendo agatur. IV.
Item mutus & ſurdus, ſed in ſtipulatione dumtaxat. V.
Iuris probibitio aut a perſonis contrabentium, aut a rei, de qua agitur, conditione ducitur. Utraque cauſa obiter explicatur. VI.
Contrabere invicem, & agere probibentur dominus & ſervus, pater & filius; duo fratres filiifamilias. VII.
Dominus ſervo promittens quare civiliter non obligatur. VIII.
Quare nec filius patri, nec filio pater ex profectitio peculio; dumtaxat ex iure civili, non naturali. IX. X.
Item nec frater fratri ex eadem profectitii cauſſa XI.
Certis de rebus ſeu modis contrabere vetantur plures: & bi aut comparare ſibi res aliquas, aut alienas conducere probibentur. XII.
Ad priorum genus pertinent 1. *Provinciarum præſides. His & res mobiles alias præter victum: immobiles vero omnes acquirere in provincia; uxorem inde ducere; negotiari & fænus exercere vetitum. Et quo iuris effectu.* XIII. XIV.
Qui buius probibitionis nomine præſides contineantur. XV.
2. *Domeſtici & conſiliarii. Idem bis omnino commercium, quod illorum præſidibus vetitum.* XVI
3. *Qui officium aliquod in provincia adminiſtrant, immobilia dono accipere; uxorem ex provincia ducere; aliquid ex officio emere a iure probibentur.* XVII.
Item 4. *Milites prædia comparare; niſi paterna, quæ a fiſco diſtrahuntur.* XVIII.
Item 5. *Palatini veſtes, aurum, argentum, mancipia, quæ veneunt a privatis principis, & quare.* XIX.
Item 6. *Tutores, curatores, alienarum rerum adminiſtratores, pupilli, res aut minoris, aut domini; niſi palam & bona fide emant: boc quale ſit explicatur.* XX.
Conducere vetantur tutores, & curatores res principis, & fiſci, & quomodo; & qua interdictionis pœna. XXI.
Item milites, res alienas ſive conducant, ſive procuratores, aut fideiuſſores conductorum fiant. Qualis iſtorum pœna. XXII.
Item Eccleſiaſtici, & qui. XXIII.
Item Curiales, & fabricenſes; & quinam iſti. XXIV.

I. HActenus ergo, qui quibus de cauſſis non obligentur ex perſona ſua. Accidit etiam, ut propoſuimus, ex perſona eius cui promittitur, ut qui promittit, non obligetur. Quod tunc fit, cum cur promiſſor non obligetur, cauſſa non in ipſo eſt, ſed in eo, cui promittitur, per quem actio acquiri non poteſt. Ita definiemus, quidquid promittitur ei, qui ex eo negotio quod geritur, nec ſibi obligationem acquirere poteſt, nec alii, id inutiliter promittitur, eoque nec poteſt

teſt obligari is, qui promiſit. Non enim contractus in hoc, ut quid detur aut fiat eſt unius voluntas, ſed duorum conſenſus atque conventio. Tum autem nullus contractus eſt, niſi ex quo unus alteri obligetur, ut de contractu in huius definitione docuimus. Quo fit, ut ſive non obligetur ex perſona ſua promiſſor, ſive non ſit creditor, cui obligetur, non poſſit intelligi ullus contractus, ullave obligatio.

II. Ut is cui promittitur, non acquirat obligationem ex contractu vel ſibi vel alii, duabus de cauſſis accidit. Aut enim natura contrahere non poteſt; aut eum poſſit, iure tamen in ea ſpecie, de qua agitur, obligationem ſive actionem acquirere prohibetur.

III. Naturali contrahendi facultate deſtituuntur in univerſum duo, etiam ſi maxime his ex contractu quæſitum velimus, furioſus, & infans. Horum enim nulla intelligentia eſt, nullus ſenſus de rebus. Nullus autem contractus ſine conſenſu cum eius, qui promittit, tum eius, cui promittitur. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Ideo ſupra, hos negavimus ullum negotium gerere poſſe. Quo ſignificatur, non tantum nihil eos agere, si promittant: ſed ne ſic quidem, ſi ſtipulentur, aut quid gerere videantur, quo ſibi acquirant. *L. 1. §. ult. D. de obl. & act. §. furioſus, §. pupillus*, ſeq. *Inſtit. de inut. ſtipul.* Eo fit, ut ſi quid his promittatur, quanvis in ſpeciem ſtipulantibus, aut aliquid conſentienti ſimile gerentibus, tamen non obligetur, qui promittit. Finge furioſum, cum eſſet in conſpectu inumbratæ quietis, aliquid locutum & viſum conſentire; aut infantem aliis verba præeuntibus ea balbutire, quæ erant ſtipulantis. Non ideo ulla futura eſt obligatio, etſi quis his promiſerit eo animo, ut vellet ſe obligatum.

IV. Cæteri, quorum conſenſum aut nullum eſſe, cum bona deminuunt, aut non eſſe ſatis firmum ad promittendum, ſupra diximus, niſi tutoris aut curatoris auctoritas acceſſerit, in ea cauſſa ſunt omnes, ut cum de obligatione his acquirenda agitur, ſatis conſenſu valere exiſtimentur, vel ſine ullius auctoritate ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirant. Tribuitur hoc prodigo in *d. L. 6. D. de verb. obl.* impuberi qui infantiam exceſſit, in *d. §. pupillus. Inſt. de inut. ſtip.* Quod multo magis puberibus intelligentia maiore præditis tributum intelligendum eſt.

V. Sunt & in ſtipulatione, qui ea præſtare non poſſint, quæ ſunt propria ſtipulationis, ſive ſtipulentur, ſive promittant. In quo numero mutum & ſurdum eſſe ſupra diximus. Ideo hi ut promittendo obligari ex ſtipulatu non poſſunt, ita nihilo utilius ſtipulari, ut qui his promittit, obligetur.

VI. Alterum genus eorum, qui ex contractu acquirere obligationem non poſſunt, quibus ideo ex ipſorum perſona inutiliter promittitur, eſt eorum, qui contrahere quidem, & rem gerere naturaliter recte poſſunt, ſed iure in ea ſpecie, de qua agitur, obligationem ſeu actionem acquirere prohibentur. Prohibendi cauſſa aut à perſonis contrahentium, aut a re de qua inter eos agitur. A perſonis contrahentium, cum ii ſunt, inter quos actio naſci non poteſt. A re de qua agitur, cum is creditor eſt, qui de ea re de qua agitur contrahere prohibetur.

VII. Actio iure civili inter hos naſci non poteſt, inter dominum & ſervum; inter patrem & filium qui in patris poteſtate eſt, de peculio profecticio; inter duos fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, ex cauſſa eiuſdem peculii profecticii. *§. hi qui. Inſtit. de obl. quæ ex del.*

VIII. Si dominus cum ſervo ſuo quid gerat, ex quo inter alios obligatio & actio naſcatur, hic certe non naſcetur. Sive id agatur, ut ſervus domino debeat, ſive contra, ut dominus ſervo. Servum nulli civiliter obligari nedum domino iam ſupra diximus, ut cum quo iudicium non conſiſtat, qui iure civili pro nullo habetur. *L. ſervus. C. de iud. L. quod attinet. D. de reg. iur.* At poteſt dominus aliis obligari: poteſt & cum eo iudicium conſiſtere. Verumtamen idem ſi quid ſervo ſuo promittat, ſi quid ex alia cauſſa contrahendo ei debere velit, [1] naturaliter ei debere poteſt, civiliter non obligatur. *L. ſi quod dominus, D. de condit. ind.* Nempe ideo, quod ſervus creditor non eſt is, qui a domino promittente acquirere poſſit obligationem civilem vel ſibi, vel alii. Ipſum ſibi acquirere non poſſe conſtat; quia ſervus nihil ſuum habere poteſt. Si quid acquirit, acquirit domino, cuius eſt in poteſtate, uſque adeo ut nec momento apud ſer-

1) Vid. C. *prac. N.* 1. Quin & a ſervis in dominos beneficia proficiſci, ac, ut Senec. 3. *de Benef.* 18. ſervi dominos beneficiu ſui facere poſſunt, de quo Gruter. 1. 6. *ſtip.* 13. L. [illegible] autem bona fide ſerviens ex promiſſione [illegible] gatur ei cui ſervit. Non autem [illegible] undem [illegible] [illegible] 1ib. *pr. de V. O.* Cod. *de Contr. ſtip.* C. 7. Cons. [illegible]

vum conſiſtat. §. *item vobis*, *Inſt. per quas perſ. nob. acq. D. de acq. hered.* At hac ipſa de cauſſa nec dici poteſt acquirere alii etiam domino. Sic enim fit, ut, quæſita domino obligatione, incipiat is eſſe debitor ex perſona ſua, & creditor ex perſona ſervi. Quæ duo quoties in eamdem perſonam etiam ex eventu concurrunt, quia natura non fert, toties obligatio confuſione tollitur. *L. 5. Granius*, alias, *Uranius. D. de fidejuſſ.*

IX. Idem iuris eſt in his quæ geruntur inter patrem & filium, qui eſt in patris poteſtate. Sic definitio eſt Iuſtiniani in §. *hi qui. Inſt. de obl. quæ ex del.* inter eos, quorum unus in poteſtate alterius eſt, nulla ex cauſſa, proinde nec ex contractu poſſe obligationem naſci. Promiſerit ergo aliquid filiusfamilias patri, aut aliter cum eo contrahendo ſe ei obligarit. Sive peculium non habeat, ſive habeat, ſed id quod acquiratur patri; puta profecticium: obligabitur quidem patri naturaliter, nam & ſervus iſto modo obligaretur domino: civiliter obligari non poteſt, id eſt non ita, ut ſit patri adverſus eum actio. Idque eſt, quod dicitur, litem nullam nobis eſſe poſſe cum eo, quem in poteſtate habemus, niſi ex caſtrenſi peculio. *L. lis nulla, D. de iud.* Litis enim verbo omnis actio ſignificatur. *L. litis. D. de verb. ſignif.* Cur ergo non obligetur filius patri? Non utique propter perſonam ſuam, quaſi filiusfamilias conditione ipſa perſonæ non poſſit obligari. Iam enim diximus filiumfamilias ex omnibus cauſſis tanquam patremfamilias obligari, & agi cum eo tanquam cum patrefamilias poſſe. *L. filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tum ex contractibus, D. de iud.* Cur ergo hic non obligatur, inquam? Nempe propter perſonam patris, cui adverſus hunc filium non poteſt iure civili naſci actio. Quod certi iuris eſſe diximus. Enimvero cur non poteſt? Id poteſtas, quam pater in filium obtinet, facit. Hæc ita filium quodammodo addicit, & velut adglutinat patri, ut in his quæ ei per filium acquiri poſſunt, ambo [2] una & eadem perſona eſſe exiſtimentur, & vox unius eſſe vox alterius. §. *ei vero, Inſt. de inut. ſtip.* Unde evenire neceſſe eſt, quaſi pater ſibi ipſe promiſerit, quod filius ei promiſit, ita iure civili nulla hinc contrahitur obligatio, nulla naſcitur actio. Sic enim natura comparatum eſt, ut in omni negotio & facto, unde obligatio oritur, duos eſſe oporteat, quorum unus ſit, qui debeat; alter, cui debeatur; nec poſſit quiſquam ſibi ipſi obligari. Quod uſque adeo verum eſt: ut vel ex eventu extinguatur obligatio, quanvis ab initio recte contracta, si debitor creditori, aut creditor debitori ſucceſſerit, ut ſic unus & idem efficeretur iam debitor & creditor. *L. debitori, C. de pact. L. Stichum, 95. §. aditio, D. de ſolut.* Sed hæc ita ſunt, inquam, si filius nihil habeat, aut habeat tantum peculium profecticium. Hactenus enim probatur his rebus eſſe filiusfamilias, dum pro ea poteſtate, cui ſubiicitur, nihil habet; nam nec peculii profecticii dominus eſt, ſed pater. §. 1. *Inſt. per quas perſon. nob. acq.* Quod ſi qua obtigerint filiofamilias, quæ patri non acquiruntur, ſed ſint filii propria, ut ſunt ca-

2) Hæc vera & genuina ratio, nec alia inveſtiganda, cum & habeatur in *L. 16. de furt. L. imp. 52. ad Treb. L. ſi quis 56 §. 1. de fidei.* quæ & vulgo red[illegible] ſolet; & convenit Loriot. *de iur. arte Tr. de conſangu. Ax. 25.* (qui & *n. 22.* rationem Fulgoſii reiicit, quia filius [illegible] patris. Nulli vero ſua res obligetur. Nam ſic nec naturaliter filio pater obligaret r) & Gœd. *de Contr. ſtip. C.* [illegible] *n. 38. et ſeqq.* A. Fab. 20. *Coniect. ult. in pr.* Aliam tamen rationem reddit Coraſ. 4. *Miſ. 3. n. 6.* quia lex, inquit, [illegible]turæ imitatrix, noluit obligationem producere, quæ nullius effectus futura. Inutiliter enim filios obligaretur p[illegible], cui omnia acquirit. Quare ubi non inanem futuram obligationem lex proſpexit, ut in caſtrenſibus: eam no[illegible] induxit. Cuius verba, quæ pl[illegible] ſunt, [illegible] non nominatim, ſed generatim [illegible] udato, & loco non adſignato, Io. Hennequin. *in not. ad Accurſ. in L. 3. § 4. de minor.* ut & [illegible] ſolet in magnæ [illegible] & [illegible] ipſe [illegible] dita [illegible] ex [illegible], maxime Coraſii miſ[illegible], conſarcinato, [illegible] paſſim ad verbum, ſine [illegible] lectu & iudicio, [illegible]. Cuius [illegible] vel [illegible] ſive [illegible], ex non meo, [illegible] P. Fabri, qui eum [illegible] 3. *Semeſtr. 2* [illegible] *396. & ſeqq.* iudicio. Se[illegible] hæc A[illegible] n. 1. *De* [illegible] 9. [illegible] 4. [illegible] videlicet Le[illegible] & iniuſt[illegible] & [illegible] dictu eſt [illegible], inter eos nec actio. Sed inter patr[illegible] & fil[illegible] non poteſt eſſe iniuſtum, quia omne acquiritur patri, iniuſtitia vero ad ſua eſſe non poteſt. Quia autem filiusfam. [illegible] miles non acquirit patri, ideo inter eum & patrem eſt iudicium & actio. Sicuti & naturalis obligatio, quia iure naturæ filius non ac[illegible]ebat patri. Verum hæc v[illegible] cont[illegible] ſunt & longe petita, & ſi quæratur cur omne acquiratur patri per filium, neceſſe eſt confugere ad patriam poteſtatem, cuius effectus illa un[illegible]o. Quæ utique e[illegible] fict[illegible] eſt. Zoan *ad L. 2.* [illegible] *de pact. int. empt. n. 21.* Unde in iis quæ ſunt iuris obtinet, non quæ facti. Alex. Trentacinq. *de Subſtit. P. 1.* [illegible] *5 n. 5. & 6.* Nec partim ex [illegible], ut T[illegible] *de I. primigen. Q. 40. n. 31.* Nec ex iure naturæ, ut Va[illegible] *Decar. 9. & 3. Deci. 50.* [illegible] Sed [illegible], ut & Bart. B[illegible] Caſtr. [illegible] & alii *in L. frater a fratre.* N[illegible] ius naturale [illegible] pariique [illegible] fore [illegible] Hotom. *in Di[illegible] L. frater a fratre.* Quin & ipſa [illegible] pa[illegible]familias & filiusfamilias ſunt civilia. Hæc [illegible] non [illegible], ſed civium Romanorum [illegible]. *L. nam civium Rom.* [illegible] *4. de his qui* [illegible] autem in e[illegible] nancī[illegible] uni[illegible] non minus ſint filii) [illegible] *L. 1*[illegible] *leg.* [illegible] unionis effectus. Non [illegible] vocab. *natura* in *L. ult. C. de impub. ſubſt.* Re[illegible] occurr[illegible] A. Fab. *Iuriſpr. Princ. 7.* ex ve[illegible] *tur.* Non habetur *d. L. ult.* natura eamdem pe[illegible] eſſe, ſed [illegible] Qu[illegible] non natu[illegible] ſola in[illegible], ſed [illegible] ac [illegible] imaginem, quæ a natura non e[illegible] 23. *pr. de lib. & poſtum.*

caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia, in his iam filiusfamilias non pro filiofamilias, ſed pro patrefamilias habetur. *L.* 2. *D. de ſenat. Mac.* Quæ res facit, ut ad quantitatem eorum bonorum poſſit eſſe patri actio adverſus filium, proinde & eo uſque contrahatur civilis obligatio. Idque eſt, quod excipitur in *d. L. lis nulla, D. de iud.* cum ita definitur, nullam litem nobis eſſe poſſe cum eo, qui eſt in noſtra poteſtate, & adiicitur, niſi ex caſtrenſi peculio. Qua ratione & peculium [3] adventicium exceptum intelligimus ex poſterioribus conſtitutionibus, ut ad huius quoque quantitatem obligari patri poſſit filiusfamilias. Nam & hoc peculium tributum eſt filiisfamilias, ſaltem uſque ad proprietatem: plerique etiam in cauſſis pleno iure. *L. cum oportet*, & authenticis ibi inſertis, *C. de bon. quæ lib.*

X. Si non obligatur filius patri, multo minus pater filio, quem in poteſtate habet. Quod & ipſum ex perſona filii accidit. Pater enim is eſt, qui aliis omnibus poſſit obligari quavis ex cauſſa. Sed quominus hic obligetur, facit filii perſona, cui non poteſt adverſus patrem actio acquiri. *d. §. hi qui. Inſt. de obl. quæ ex del.* Non tantum ideo, quia illius ſit eadem perſona cum patre: ſed etiam quod ſi qua actio hic quæreretur filio ex cauſſa peculii profecticii, ea ſtatim per filium acquireretur patri, ut ſic non tam extingui confuſione, quam ab initio nec conſiſtere intelligatur. Quod tamen & ipſum eadem conditione dictum eſt, ſi quid contractum ſit cum filio ex cauſſa peculii profecticii. Puta ſi quid promiſerit pater ex hac cauſſa filio, aut ſi pecuniam peculii ab eo mutuam acceperit. Quod ſi ex cauſſa peculii caſtrenſis & ſimilium, quæ patri non acquiruntur, ſe obligarit pater, conſiſtet etiam iure civili obligatio. *d. L. lis nulla.* Sed hæc tam in filio, quam in patre dicta ſunt de civili obligatione. Cæterum & filius patri promittens quid, aut pecuniam mutuam ab eo accipiens obligatur patri naturaliter: & contra pater filio promittens obligatur naturaliter filio. *L. frater.* In princ. & *§. penul. D. de cond. ind.* de quo amplius ad *L. frater*, infra.

XI. Eadem cauſſa eſt fratris cum fratre, qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, contrahentis. Si quid frater fratri in eiuſdem patris poteſtate conſtituto promittat ex cauſſa peculii profecticii, ſi quam ab illo pecuniam illius peculii accipiat, ſi quid emat, fratri creditori non obligatur. *L. frater, D. de cond. ind.* An quod frater, qui promittit, aut ex alia cauſſa debere vult fratri, eſt filiusfamilias? Sed iam aliquoties dixi filiumfamilias, ſi nihil aliud obſtet, quam perſonæ conditio, ex omnibus cauſſis obligari tanquam patremfamilias. *L. filiusfamilias, D. de oblig. & act.* Eſt igitur hæc cauſſa, cur frater hic fratri non obligetur, quia fratri creditori a fratre debitore obligatio acquiri non poteſt ex cauſſa peculii profecticii; quippe quæ per illum ſtatim acquiritur patri, ut nec momento conſiſtat in filii perſona. *L. placet, D. de acq. her.* ut ſi quid frater debitor alicui debeat in hac cauſſa, [4] patri debeat, non fratri. Sed nec patri ipſi hic filius civiliter poteſt debere. Iam enim ſupra oſtenſum eſt, filium patri ex peculio profecticio obligari non poſſe. *d. L. lis nulla, de iud.* Unde hic quoque naturalem tantum obligationem intervenire neceſſe eſt, quia frater debitor in propoſito teneatur patri. *d. L. frater.* in pr. *de cond. ind.*

XII. Eſt &, ubi is, cui promittitur, actionem acquirere non poſſit in ea cauſſa, de qua agitur. Unde ſimul eveniat, ex illius perſona, ne promiſſor ei obligetur. Id accidit in his, qui conſentire, & ea præſtare recte poſſunt, quæ ſunt contractus; quibus iiſdem conditione perſonæ ab eo qui promittit, obligatio acquiri poteſt: ſed certis de cauſſis prohibentur iure certis de rebus, aut certis modis contrahere. Quorum hæc eſt ſumma. Sunt enim, quibus interdictum eſt, ſibi res aliquas parare. Sunt, quibus interdicta ſit rerum alienarum conductio.

XIII. In priore genere obſervavimus hos eſſe, præſides provinciarum; eos qui ſunt cum præſidibus, eos qui officii cauſſa in provincia agunt; milites item qui agunt in provincia aut præſidii, aut belli cauſſa; palatinos; item tutores, curatores, & generaliter omnes qui negotia aliena adminiſtrant. In quibus omnibus contrahendi interdictio non eſt una. Ideo convenient notare in ſingulis, quid hic cuiuſque generis ſit proprium.

XIV. Præſides provinciarum prohibentur in ea provincia, quam adminiſtrant, donationis cauſſa accipere, item emere, res quidem mobiles alias, quam quæ ad victum

[3]) Diſſentit Goed. *de Contr. ſtip. C.* 7. *n.* 42. *&* 114. quia nec ius vetus, quoad hoc correctum, nec ius familiæ in adventitiis filiisfamilias tributum.

[4]) Et inter omnes fratres eiuſdem familiæ inducta eadem unionis fictio, per neceſſariam conſequentiam ut ex § 9. [illegible] *de* [illegible] probat Hot. *in L. frater a fratre* & contra [illegible] Goed. *de* [illegible] *r. ſtip.* C. 7 *n.* 85. *per L.* 67. [illegible] 3. *de rei. nupt.* Ant. Fab. 20. *Coniect. ult.*

victum, & veſtitum pertinent: immobiles autem omnes ſine exceptione, præterquam in hac re una, ſi sint prædia paterna, quæ a fiſco diſtrahantur. *L.* 1. *C. de contract. iud. L. qui officii*, *D. de contr. empt.* Hac interdictione fieri intelligimus, ut ſi quid illi contra pacti ſint ſibi dari, aut emerint, pactio, & emptio ſit inutilis. Unde evenit, ut qui promiſerunt, vendiderunt, rebus integris non obligentur: ut fit in omnibus rebus adverſus legis interdictionem & voluntatem contractis. *L. non dubium*. in fin. *C. de legib.* Quod ſi nihilominus illis res tradita erit ex his cauſſis, placet eum qui dedit, rem ut minime translatam, ac proinde tanquam ſuam vindicare poſſe: ſic tamen, ut æſtimatio vindicatæ fiſco inferatur. *L. aufertur*. §. *quod a præſide*, *D. de iur. fiſc.* Iidem ex provincia, quam adminiſtrant, mulierem oriundam, vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere prohibentur. *L. ſi quis officium*, 38. in princ. *D. de rit. nupt.* Itaque ſi duxerint, & dos nondum data erit, quæ his promiſſa erat, non debebitur ab eo, qui promiſit, ut promiſſa contra legem. *d. L. non dubium*, *Cod. de legib.* Si data ſit, placuit dotem [5] caducam fieri, ut ſignificatur in *d. L. ſi quis officium*, §. 1. *de rit. nupt.* Dicitur autem in uſu iuris res caduca, quæ a domino excidit, & fiſco vindicatur, ut ſolent res vacantes. *L. item veniunt*, §. *ait ſenatus*, *cum ante quam*, *D. de hered. pet.* Iidem præſides prohibentur [6] negotiari, mutuamve pecuniam dare, fœnuſve exercere vel per ſe, vel per alium. *L. principalibus*, *D. ſi cert. pet.* Ergo in negotiatione venditio inutilis, ut nec obligetur qui emit. Et si pecunia ab his mutua data erit, non obligabitur, qui accepit neque ad uſuras, neque adeo ad ſortem ipſam. *d. L. non dubium*, in fin. *C. de legib.* Sed non ideo manebit pecunia mutua apud eum, qui accepit, aut pretium rei venditæ & traditæ apud emptorem: ſed ut in rebus præſidi donatis conſtitutum eſt, ut revocatæ æſtimatio inferatur fiſco, dos data fit caduca: eodem exemplo recte defendetur & pecuniam mutuo datam, & æſtimationem rei venditæ fieri caducam, & fiſco inferendam. Harum autem interdictionum rationem reddidi in commentariis ad *d. L. principalibus*, *D. ſi cert. petat.*

XV. Sed admonendi ſumus has interdictiones pertinere ad præſides provinciarum, quales fuerunt ſub imperio Romano, de quibus & conſtitutiones ſuperiores loquuntur; id eſt ad temporales. Quod ſi qui ſint moribus noſtrorum temporum alicubi perpetui, ad eos hæ interdictiones non pertinent, uti nec ad omnes provinciæ officiales perpetuos. *L. præſidis*, *D. ſi cert. pet.* Magiſtratibus urbis Romæ quamvis ſimiliter temporalibus nihil illorum interdictum. Iis autem qui eſſent Conſtantinopoli, ſimile quiddam in emptionibus eorum & donationibus in eos collatis Iuſtinianus interdixit, quod legere eſt in *d. L.* 1. in princ. *C. de contract. iud.* Sed cum appareat certi loci conſtitutionem futile, & locus imperio Romano ſit ademptus, nihil eſt, cur ea conſtitutione ad magiſtratus urbanos ullius loci uti poſſimus.

XVI. Eos qui ſunt cum præſidibus, ut nominantur in *d. L. principalibus*, *D. ſi cert. pet.* accipere debemus domeſticos, & conſiliarios præſidum, ut hoc verbi explicatur in *d. L. unica*, verſ. *extremo*, *C. de cont. iud.* His eadem interdicta, quæ ſupra præſidibus. *d. L. unica*, in fin. *de contr. iud. dict. L. principalibus*, *D. ſi cert. pet. dict. L. ſi quis officium*, *D. de rit. nupt.*

XVII. Qui alterius officii cauſſa in provincia agunt, quod quidem officium temporale ſit, non perpetuum, prohibentur in eadem provincia prædia comparare, præterquam ſi paterna eorum a fiſco diſtrahantur. *d. L. qui officii*, 62. *D. de contr. empt.* Non ergo prohibentur comparare res mobiles qualcumque. Sed nec immobilia oblata donationis & liberalitatis cauſa, non pretio quæſita. Similiter nec mutuo pecuniam dare. Quæ omnia præſidibus interdicta ſupra diximus. Illud tamen amplius cum præſidibus commune, quod & qui officium quodvis in provincia adminiſtrat, inde oriundam, aut ibi domicilium habentem non magis poteſt uxorem ducere. *d. L. ſi quis officium*, *D. de rit. nupt.* Et hæc interdicta his ſolum, qui officii cauſſa agunt in provincia. Illud ad omnes officiales etiam urbanos pertinet, quod placuit, ne quis ex officio, quod adminiſtrat, emat quid vel per ſe, vel per aliam perſonam. Alioqui ut non ſolum rem amittat, ſed & in quadruplum teneatur fiſco. *L. non licet*, *D. de contr. empt.*

5) *L.* 61. *de rit. nupt.* [illegible] 1. *Obſ.* 11. Rad. Forner. 4. *Rer.* [illegible] *de l. comm. pag.* 5[illegible] [illegible] um eſſe [illegible] [illegible] 1. *Inſt.* 9. *Pr.* 1. [illegible]

6) Quæ ratio, pete ex *Comm. Don. ad d. L.* 33. quorum forte epitomen, ſi res meæ ferent, poſteriori parti ſubiungam, ideoque hac de re nihil hic adnoto.

empt. Ex officio autem quid emere dici videtur is, qui cum ex officio quod gerit, res aliquas publice diſtraheret, aut diſtrahere deberet, earum ſe emptorem conſtituit, & ex ea cauſſa ad ſe tranſtulit. Aut enim clam & mala fide id facit, aut ſi aperte in licitatione publica ſe ipſum ad licitationem intrudit, facile ab emptione deterrebit emptores cæteros, ut ita quam minimo emat. Quorum neutrum ferendum eſt in eo, qui ita munere publico ad ſuum compendium abutatur.

XVIII. Militibus qui in provincia agunt, hoc tantum ademptum, ne poſſint 7) prædia comparare in ea provincia, ſed cum eadem illa exceptione, præterquam ſi paterna a fiſco diſtrahantur. *d. L. qui officii, D. de contr. empt.* Unde intelligimus cætera quæ diximus interdicta eſſe ſupra ſcriptis perſonis, libera eſſe militibus, quanvis in provincia degentibus.

XIX. De palatinis exſtat conſtitutio in *L. ult. C. de reſcind. vend.* qua cautum eſt, ſi quid veſtium, auri, & argenti, vel mancipiorum contigerit venundari a privatis principis, non licere palatinis quidquam earum rerum emere; pœna hac indicta, ut infirmato contractu etiam pretium amittant. Alciatus ad *L. principalibus, D. ſi cer. pet.* recte hæc verba ſic accepit, ut privati principis intelligantur comites ſeu præfecti rerum privatarum principis. Palatini autem horum comitum & præfectorum aſſeclæ & comites. Unde intelligitur interdictionis ratio. Nam ſi iſti ad emptionem admittentur, facile futurum eſt propter gratiam, aut nonnullam potentiam qua metuuntur in vulgus propter ipſos præfectos quibus grati ſunt, ut dimoveant ab emptione cæteros, quo rem auferant, atque ita aut rem quam minimo emant, aut non patiantur tanti emi, quanti alii forte empturi forent, non ſine damno rei privatæ principis.

XX. De tutoribus, & cæteris rerum alienarum adminiſtratoribus ita ſcriptum in *L. ſi in emptione, §. ult. D. de contrab. empt.* tutores, curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt, rem domini cuius negotia ſunt, emere non poſſe; etiamſi res in ea cauſſa ſit, ut vendi poſſit; ne ſcilicet munere ad utilitatem dominorum comparato ad ſuum compendium per ſpeciem officii abutantur, ut ſignificatur in *L. non exiſtimo*, in fin. *D. de adm. tut.* Sed hoc ſic accipiendum eſt, niſi quid iſti ex bonis domini, quæ diſtrahi poſſunt, palam & bona fide emant. Hoc enim etiam tutori in bonis pupilli facere licere ſupra oſtendi, cum de poteſtate tutoris in rerum pupilli adminiſtratione agerem *Lib. 3. Cap. 12.* & conceſſum eſt nominatim in *L. cum ipſe, C. de contr. empt.* quod multo magis & cæteris rerum alienarum adminiſtratoribus licere intelligendum eſt. Neque ideo hæc pugnantia eſſe quis exiſtimet, quod in *d. L. ſi in emptione, §. ult.* nihil diſtinguitur, ſed generaliter dicitur, tutorem rem pupilli emere non poſſe. Nam his ipſis verbis ſatis continetur ſuperius illud temperamentum, ſi attendere volumus. Quod enim dicitur tutorem emere non poſſe; cum hoc ad conditionem & munus perſonæ relatum eſt, apparet ſic accipi debere, ſi ut tutor emat. Quod ſi emat non officio tutoris fungens, ſed ut extraneus quivis a tutore emens faceret, in eo pro extraneo, non pro tutore eſt habendus, idemque illi in hac re licere, quod extraneo, intelligendum eſt. Et hoc ita eſſe indicatur in *L. non exiſtimo, D. de adm. tut. L. tutores, D. de auct. tut.* Iam vero tutor ut extraneus intelligitur emere, cum palam & bona fide emit. Quapropter quominus tutor ita emat, ſuperiore generali definitione non prohibetur. Quod tum intelligetur, cum ſcierimus quid ſit palam & bona fide emere. De quo ſcripſi, eadem illa poteſtate tutoris in rebus adminiſtrandis ita exigente, eodem *Lib. 3. Cap. 12.*

XXI. Sunt, ut dixi, quibus proprie interdicta ſit rerum alienarum conductio. In quibus ſunt tutores, curatores, milites, eccleſiaſticæ perſonæ, curiales, fabricenſes. Tutoribus & curatoribus pariter interdictum, ne quandiu tutelam aut curam gerunt, aut finita tutela vel cura priuſquam rationes reddiderint, quidquam conducant de patrimonio principis, aut a fiſco. Traditum in *L.* [illegible] 49. *D. loc.* Unde intelligitur ſi conducant, nullam hinc obligationem eſſe neque locatoribus, neque conductoribus; ut de curialibus in ſimili interdictione cautum eſt in *L. curialis, C. de locat.* Adiecta etiam ibidem hæc pœna adverſus tutores & curatores, qui diſſimulantes ad conductionem acceſſerint, ut tanquam falſarii puniantur.

XXII. Militibus in univerſum interdictum, ne alienas res conducant, neve procuratores, aut fideiuſſores, vel mandatores conductorum fiant. *L. milites, C. de*

7) Nec equum militarem extra provinciam ducere licet *L. 12. §. 1. de re milit.* Briſſ. 4. *Antiq.* 4. Nobilibus quoque negotiatio prohibita *L. 3. C. de commerc.* vid. Tiraq. *de Nobil.* C. 33. Nicl. *Diſp. feud.* 2. *Th.* 6. *lit. A.*

C. de locat. Ex quo quidem in obligatione pœnam eamdem intelligi oportet, ut ſi quid contra factum erit, nulla ſit in utramque partem obligatio. Sed & pœna gravior conſtituta eſt a Iuſtiniano in eamdem rem in *L. ult. C. de locat.* ut milites qui conduxerint, ipſo iure militiæ honore cadant: qui autem locaverunt, nullam exactionem habeant adverſus conductores, atque ita reditibus ſuis excedant. Hoc tamen ita, ſi quis ſciens militi locaverit. Aut alio conducente militem procuratorem vel fideiuſſorem admiſerit. Quod ſi ignorans fecerit, placet eum non amittere rerum ex conductione præſtandarum exactionem. *L. ſi ignorans*, 50. *D. loc.*

XXIII. Idem interdictum eccleſiaſticis perſonis omnibus, ſive quæ munere aliquo iam fungantur in eccleſia, ut miniſtri verbi, ſive quæ eccleſiæ addictæ ad operam eccleſiæ in aliquo munere navandam deſtinatæ ſunt. De his cautum *Novel. de ſanct. epiſ. §. alium.*

XXIV In eadem cauſſa [8] curiales, de quibus cautum eſt in *L. curiales, C. de loca* Quo iure poſito conſequens fuit, ut idem interdiceretur fabricenſibus. Nam & fabricenſes ſunt ex numero curialium. *L. fabricenſes, C. de decur. Lib.* 10. Idque ita factum eſt: exſtat conſtitutio in *L. ult. C. de fabric. Lib.* 11. Qui ſint curiales diximus ſupra ſuo loco, *Lib.* 2. *Cap.* 21. Fabricenſes autem dicebantur, qui ex ordine curialium adhibiti erant fabricis publicis monetariis monetæ ibi cudendæ cauſſa, ut licet intelligere ex toto *Tit. C. de fabric.*

8) Vid. de his P. Nicol. Mozz. *de Locat. Cap.* 3. *de his qui poſſunt locare, &c.*

C A P. XXIV.

De obligatione filiifamilias in mutuo: ſeu De ſenatuſconſulto Macedoniano. Ac primum quid Macedonianum vetet de pecunia filiofamilias mutuo danda: & quæ ratio vetandi.

Methodus & ratio ordinis. I.
Filiusfamilias ex omni cauſſa obligatur, præterquam ex voto publico, aut ex credita pecunia. II.
De voto alibi, & quare: III.
Pecunia credita quominus obligetur filiusfamilias, probibet S. C. Macedonianum. Hoc unde appellatum. IV.
Macedoniani S. C. ſumma capita tria: probibitio, pœna, & exceptiones. V.
Quinque probibitionis partes; eaſque vel ad contrahentium perſonas, vel ad rem probibitam referri. VI.
Ad mutuantis perſonam probibitio 1. ne quis *det. Quæ huius verbi vis, & ſignificatio.* VII.
2\. *Ad accipientem, ne* filiofamilias *detur. Qui filiifamilias nomine ex S. C. ſententia contineantur.* VIII. XII. XIII.
Contrariis occurritur. IX.
Quare filiusfamilias miles probibitione non contineatur. Quid huic a iure veteri permiſſum; & quid amplius a Iuſtiniano tributum. X.
An privilegium militi a Iuſtiniano datum ad illos pertineat, qui togati Reipublicæ militant. XI.
Macedoniano S. C. cautum vitæ atque exiſtimationi parentum. XIV.
3\. *Res probibitioni ſubiecta, ſola mutui datio: non alia contrahendi cauſſa; non ipſa pecunia ex alia cauſſa debita a filiofamilias, & deinde in mutuum verſa; & quæ diſcriminis ratio.* XV. XVI.
4\. *Nec cuiuſvis mutui ſeu rerum quæ pondere & menſura continentur, ſed ſolius mutuæ pecuniæ datio. Interpretatio* pecuniæ *ex Ulpiano; & quæ huius definitionis diverſa ratio.* XVIII.
Niſi & in aliis rebus mutuo datis, & ex aliis contrahendi cauſſis fraus S. C. fuerit cogitata. XVII. XVIII.
Pecunia mutuo data etiam ſine uſuris a Macedoniano S. C. vetita, & quare. XIX.
5\. *Datio, non mutuæ pecuniæ promiſſio; qui huius animadverſionis uſus.* XX.

I. His in univerſum cognitis de iis perſonis, quæ obligari non poſſunt, redeo ad obligationem filiorumfamilias, & mulierum, quas & ipſas perſonas quibuſdam

dam in cauſſis non obligari diximus. Sed cum earum exceptiones in hoc genere pleniorem & proprium tractatum deſiderare viderentur, ideo in hunc locum diſtulimus, ut ſeparatim expoſite melius exſtarent, neque impedirent reliquarum perſonarum huius generis cognitionem, de quibus iam dicam.

II. Ergo ut ſupra poſuimus, regulariter filiusfamilias ex omnibus cauſſis tanquam paterfamilias [1] obligatur. *L. tam ex contractibus, D. de iud. L. filiusfamilias, D. de oblig. & act.* Exceptæ duæ cauſſæ: votum in cauſſa publica, & pecunia credita in re privata & familiari.

III. Voto [2] filiusfamilias iure Romanorum ſine auctoritate patris non obligatur. *L. 2. §. 1. D. de publ.* Sed cum vovcatur Deo, & voti ſolutionem nomine Dei exigat reſpublica, magis hæc præſtatio ad ius publicum pertinet, ut & ius omnium pollicitationum. Unde & *Titulus de pollicitationibus in Pandectis* in tractatum de iure publico relatus eſt. Quapropter & in eum locum hæc quæſtio reiicienda eſt. Et ſane ad id quod inſtituimus, non pertinet. Agimus enim de obligationibus quæ ſunt ex contractu. In voto & in pollicitatione omni nullus eſt contractus, quia non eſt conventio, *L. 3.* in princ. *D. de poll.* quod & ſupra attigimus.

IV. Ex pecunia credita ſi qua eſt obligatio, ea huc pertinet. Eſt enim & ex contractu, & privata, utpote quæ quæratur etiam privato creditori. Nunc ergo de ea agimus, & ita ius eſt, ut nec ex pecunia credita obligetur filiusfamilias. Id effectum eſt ſenatuſconſulto Macedoniano, quod exſtat in *L. 1. D. de ſenat. Macedon.* ut ſententia eius ſenatuſconſulti cognita, ſimul quæ hic & quælis obligatio ſit filiifamilias, intelligatur. De qua dicam, ſi prius monuero de verbo, appellatum eſſe hoc ſenatuſconſultum præter morem aliorum. Nam cætera ſenatuſconſulta more Romano nomen habent ab eo Conſule primo, quo in Senatu verba faciente Senatuſconſultum in eius ſententiam fiebat: ut Trebellianum, Pegaſianum, Orphitianum, & hoc ipſum, quod proxime ſequitur de interceſſionibus mulierum Velleianum, & ſimilia, ut indicatur his locis, *L. 1. D. ad Trebellian. §. reſtituta, §. ſed quia heredes, Inſt. de fid. her. Inſtit. de ſen. Orph. L. item veniunt, §. pridie, D. de her. pet.* Aliter [3] Macedonianum: cui nomen eſt a Macedone, non filiofamilias iuvene & luxorioſo, cui credita eſſet pecunia, ut Theophilus ſcribit in *§. penult. Inſtit. quod cum eo.* Sed improbo & inſigni [4] fœneratore, qui huic ſenatuſconſulto cauſſam dedit, ut ſenatuſconſulti verba liquido indicant.

V. Huius ſenatuſconſulti ſumma paulo pluribus & dilucidius comprehenſa eſt in *d. §. illud, Inſtit. quod cum eo.* Sed partes pluribus verbis, & diligentiore explicatione egent. Habet præterea & ſenatuſconſultum ipſum ex ſenatuſconſulti ſententia exceptiones complures neutro in loco ſuperiore expreſſas. Quæ cum omnia ad cognitionem ſenatuſconſulti neceſſaria ſint, de his ordine dicendum eſt. Ut autem genera poſſint conſtare, de quibus hic quæritur, animadvertendum eſt ſenatuſconſulti duas eſſe partes, ut oſtenditur in *d. §. penult. quod cum eo.* Conſtat enim prohibitione, & pœna: dum & prohibet pecuniam mutuam dari filiofamilias: & ſi contra factum ſit, pœnam ſtatuit. His ſi addiderimus ſenatuſconſulti exce-

1) Cur contrahere poteſt, qui teſtari nequit. Reſp. Gomez. 2. *Reſ.* 1. *n.* 2. quia ad contractum ſufficit ſpes acquiſitionis probabilis. Et licet nec emancipetur: tamen perſonam habet quæ carcerari poteſt, ſi iudicatum condemnatus facere nequeat. *L. 1. L. pen.* C. *Qui bon. ced.* in verbis; *ne patiantur iniuriam.* Hot. *ad L. 6. C. de iudic.* Convenitur igitur & patre vivente, licet condemnatio contra eum facta ad bona paterna, non peculiaria, non extendatur. Vid. Sudor. *Lib.* 1. *Diſp. Civil. pag.* 14.

2) Unde Serv. in illud Virgilii

Ipſe pater vovet famulam . . . . . .

Bene pater, inquit, *quia vovendi poteſtatem non niſi patres habent*, ref. Andr. Clud. *de Condict.* C. 3. *n.* 49. Quæ ratio eadem quæ facit ne teſtari poſſit: quia non habet quæ voveat: ita poſt Alc. 5. *Parerg.* 9. Ierem. Setſer. *Lib.* 1. *de Iuram.* C. 13. *n.* 4. & 5. Hopper. *Lib.* 3. *ϑεμελιῶν* pag. 93. tic: quia votum perſonam voventis, quæ in dominio patris, non rem quæ vovetur obligat ac afficit *d. L. 2. pr.* Utraque ratio contractibus communis, ideoque inconveniens. Vid Goth. *ad d. L.* 2.

3) Factum autem id tempore Veſpaſiani. Sueton. *in Veſpaſ.* C. 11. [illegible] etſi & aliquid ea de re cautum tempore Claudii: Senatuſconſultum tamen hoc plenius. Duar. *h. t.* C. 1. Diff. P. Fab. 1. *Semeſt.* 25. *pag.* 168. volens Claudio Imp. & Vitellio Coſſ. conditum A. V. C. 799. Fuit & antea eius ſententia Romanis in uſu, ex lege Solonis Weſ. *in Par. h. t. n.* 1. Quo & Terent. *in Phorm. Act.* 1. *Sc.* 5. videtur, alludere: Vid. Alex., ab Alex. *Lib.* 1. *Gen. Dier.* C. 7.

4) Quia credebat incertis nominibus *d. L. 1. pr.* Incerta nomina quæ ſint, varii varie. Accurſius refert ad debitorum perſonas, quia incertum & ex caſu mortis paternæ pendens an aliquid recepturus. Quamvis autem ſimili ſenſu

Horatius

Cautos nominibus certis expendere nummos

tamen hoc ei loco minime convenit. Neque enim odio ſed commiſeratione dignus fuiſſet Macedo. Budæus intelligit cauſſas tituloſque credendi, quos cautionibus non adſcripſit, ne turpitudo eius manifeſtaretur & Weſ. *in Par. n.* 2. ac Hot. 6. *Obſ.* 19. ex *Cic. Frumentaria & Quintiana.* Quod reprobat Forc. *Dial.* 98. *n.* 1. & 2. exponens chirographa ſive cautiones, quibus non factum certum ſolutioni tempus, ut ſubinde debitorem creditor vexare poſſit. Aliter Ræv. *ad L.* 24. *de R. I.*

Digitized by Google

exceptiones, intelligemus ſummam totius ſenatuſconſulti ſententiæ ad tria iſta capita referri. De quibus eodem ordine dicemus.

VI. Ergo quod ſenatuſconſultum prohibet, tale eſt. Vetat, ne quis filiofamilias mutuam det pecuniam. Sic dicitur prohibere in *d. §. penul. quod cum eo.* prohibitionis autem ſuperiora verba expreſſa ſunt ſenatuſconſulto in *L. 1. D. eod.* His verbis paucis quinque continentur; totidem ſigillatim expendenda, quia iuncta locum ſenatuſconſulto faciunt; ſi quid autem eorum deſit, ſenatuſconſulto locus non eſt. Ex quibus duo priora ad perſonas contrahentium pertinent; poſteriora tria ad rem hic prohibitam.

VII. Primum vetat, ne quis det. Quibus verbis omnibus creditoribus cuiuſcumque conditionis ſint aut ordinis, interdicta eſt mutui datio, quæ in filiumfamilias conferatur. Proinde non in privato tantum, ſed & in 5) civitate mutuam pecuniam dante filiofamilias ſenatuſconſultum locum habere placuit. *L. nihil. D. eod.* Qua ratione idem & in fiſco admittemus.

VIII. Secundo loco vetat dari nominatim filiofamilias. Filiusfamilias in uſu iuris is dicitur, qui eſt in poteſtate parentis. *L. 4. D. de his qui ſunt ſui vel al iur.* Sed proprie & ex ſignificatione verbi, is qui maſculus cum ſit, eſt in poteſtate non cuiuſvis parentis, ſed patris, cum quo collatus, dicitur eius filius. Et quidem in ſexu nemo dubitat, quin filiafamilias non ſit filiusfamilias. Quod autem ad gradum attinet, conſtat diſtinctos eſſe liberorum gradus, & eos qui primo gradu ſunt, dici filios; qui ſecundo, nepotes avo; qui tertio, pronepotes proavo, & ita deinceps. Denique aliter filios; aliter nepotes, & reliquos liberos appellari. *§. poſtumorum, Inſtit. de exhib. lib. L. 6. D. de teſt. tut.* Hinc quæſitum, an ſenatuſconſultum in ſexu ad filiasfamilias, in gradu ad nepotes, qui eſſent in poteſtate avi; pronepotes, qui eſſent in poteſtate proavi, pertineret. Et placuit omnes filiifamilias appellatione contineri, & ad ſenatuſconſultum pertinere. De filiafamilias traditum in *L. ſed ſi paterfamil. §. hoc ſenatuſconſultum. D. eod.* Et recte. Eſt enim hoc ex ſententia loquentium, & uſu perpetuo iuris, ut pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino, ad utrumque ſexum pertineat, niſi quid aperte refragetur. *L. pronuntiatio,* in prin. *L. verbum hoc, ſi quis,* quæ eſt L. 1. *L. liberti, D. de verb. ſignif.* Ad nepotes autem & pronepotes ſenatuſconſulti auxilium porrigi, licet filiifamilias meminerit, diſerte ſcriptum eſt in *L. pen. C. ad ſenat. Mac.* idem in *L. filium. D. eod.* Recte hoc quoque. Nam omnes, qui ſunt in poteſtate parentis, quocumque gradu ſint, ab eo, cuius ſunt in poteſtate, in uſu iuris communi nomine appellantur filiifamilias. *d. L. 4. D. de his qui ſunt ſui vel al iur. L. pronuntiatio, D. de verb. ſignif.* Et tamen quia non propria ſignificatione verbi id fit, ſed ex ſententia loquentis, & uſu iuris recepto, ideo bene dictum eſt in *d. L. pen. C. eod.* ſenatuſconſultum ad nepotes & pronepotes porrigi, non de his ſcriptum eſſe.

IX Nec nos moverit, quod filiifamilias non poſſint dici coniuncto vocabulo, niſi qui & ipſi per ſe ſint filii. Nam & nepotes, omneſque omnino liberi inferiores filii appellatione in uſu iuris continentur. *L filii. L. liberorum,* in fi. *D. de verb. ſignif.* Negat tamen Ulp. contineri in *d. L. 6. D. de teſt. tut.* quod & refertur in *§. ult. Inſt. qui teſt. tut. dar. poſſ.* Sed id facit in ea ſpecie cum quis tutorem dedit filiis, in qua voluntas teſtatoris refragatur, quominus videatur is hoc verbo ſenſiſſe etiam de nepotibus. Nam ut pluribus expoſuimus *ſupra Lib. 3. C. 4.* primum ſub appellatione certa liberorum non videtur filiis tutorem dando comprehendiſſe nepotes, quia non eſt exiſtimandus voluiſſe gravius onerare tutorem, ut præter ſignificationem propriam verborum videatur ſimul & filiis dediſſe, & reliquis omnibus liberis. Alioqui infinitum ei imponeretur onus. Tum autem ne id quidem liberis expedit. Non enim omnes tutores omnibus liberis æque conveniunt. Qui conveniunt filiis, non continuo conveniunt nepotibus aut pronepotibus. Intelligitur autem prudentia & ſollicitudo parentis vigilaſſe, ut eos tutores daret, qui ſingulis convenirent. Nihil huiuſmodi licet dicere in hoc ſenatuſconſulto, in quo potius omnia concurrunt, cur beneficium conſtitutum in uno genere liberorum, qui ſunt in poteſtate, ad omnes qui in eadem poteſtate ſunt, ex æquo pertinere debeat. Sed & hic alia defenſio parata eſt, eaque certior. Etſi enim concederemus filii appellatione non contineri nepotes, & reliquos liberos inferiores, quaſi ea eſſet Ulpiani ſententia ſuperior: tamen ad hoc ſenatuſconſultum non pertineret. Loquitur enim non de filio ſimpliciter, ſed de filiofamilias. Hoc ver-

5) Ubi dubium movit, quod veroſimile non ſit, adminiſtratores civitatis velle filioſfamilias corrumpere, Duar. *b. t. C. 1.*

verbum, ut ante attigi, uſus iuris ita trivit, ut eo ſignificentur omnes, qui ſunt in poteſtate parentis, quiſquis ſit is parens, ſive is ſit pater, ſive avus, ſive proavus, & deinceps reliqui ſuperiores. Idque ex eo licet intelligere, quod ius civile Romanorum cum de poteſtate liberorum hominum agitur, duo tantum hæc genera ſtatuit, patresfamilias & filiosfamilias. Ut patresfamilias dicantur omnes, qui ſunt ſui iuris, ſive liberos habeant, ſive non habeant: filiifamilias omnes, qui ſunt in parentis poteſtate. *d. L. 4. D. de his qui ſunt ſui vel al. iur. d. L. pronuntiatio, §. 1. D. de verb. ſignif.* Scimus autem ex liberis non ſolos filios eſſe poſſe in poteſtate patris, ſed & nepotes in poteſtate avi, & pronepotes in poteſtate proavi, atque ita deinceps. *§. ult. Inſt. de patr. pot.* Summa ergo hæc eſt, verbo filiifamilias in ſenatuſconſulto Macedoniano contineri omnes liberos, qui ſunt in poteſtate, non tantum maſculos, ſed etiam fœminas; nec tantum qui ſunt primo gradu filii, ſed etiam qui ſunt inferiores, nepotes, puta, in poteſtate avi, pronepotes in poteſtate proavi. Idque & verba ſenatuſconſulti poſtea arguunt. Sic enim verba ſunt: *ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis eius, cuius in poteſtate fuiſſet.* Non dixit ſenatus, poſt mortem patris, ſed parentis generaliter, ut intelligeremus, filiifamilias appellationem præcedentem referri ad omnem, qui fuiſſet in poteſtate parentis cuiuſcumque, ad non patris tantum, ut huic pecuniam cedere non liceat ex ſenatuſconſulto. Atque ita ſententia ſenatuſconſulti expreſſa eſt in *§. illud, Inſt. quod cum eo.* Nulline ergo ſunt liberi, qui in poteſtate ſunt parentis, quibus tuto credere liceat? Apparet, quamdiu pro filiisfamilias habebuntur, vetare ſenatum omnibus pecuniam mutuam dari. Quid ergo, ſi filiusfamilias ſit iam matura ætate, idem induſtrius, & frugi? quid ſi etiam ſit magiſtratus, aut alia dignitate præditus? In quo hæc concurrunt, etiamne huic impune credere non licebit? Conſequens eſt non licere. Idque ita placuit, eſtque in *L. 1. §. 1. D. de ſen. Mac.* Merito. Nam qui nunc frugi eſt, licentia fieri poteſt luxurioſus, ſi cœperit valere mutuum, quod illi datur. In magiſtratu autem certior ratio eſt prohibendi, quia qui ſunt in eo gradu, ſolent indulgere ambitioni, quoque ſint gratiores vulgo, aut etiam quo maiores videantur, ſolent eſſe profuſiores.

X. Exceptus eſt tamen conſtitutionibus filiusfamilias miles, in quo placeat ſenatuſconſultum ceſſare. Neque id præter verba ſenatuſconſulti, ſed quodammodo ex verbis, ne quis forte his verbis offendatur. Quia hoc ita receptum eſt, quaſi filiusfamilias miles pro patresfamilias habeatur. *L. 2. D. eod. L. ult.* in fi. *C. eod.* propter peculium caſtrenſe videlicet, quod iam olim placuit proprium eſſe filiifamilias, ut patrisfamilias cuiuſque ea, quæ ſunt eius. *L. 1. §. nec caſtrenſe, D. de col. bon. L. 3. C. de caſtr. pec. lib.* 12. Qua de cauſa placebat veteribus hactenus in milite ceſſare ſenatuſconſultum, ſi peculium caſtrenſe haberet, & ceſſare uſque ad quantitatem caſtrenſis peculii. *L. 1.* in fi. & *d. L. 2. D. eod.* Iuſtinianus in hac re plus militi tribuit in *L. ult. §. ult. C. eod.* Conſtituit generaliter, ſi filiusfamilias miles pecuniam creditam acceperit, ſtare oportere contractum; nulla differentia, introducenda, ob quam cauſſam pecuniæ creditæ, vel ubi conſumptæ ſint. Neque diſtinguit, utrum habeat miles peculium caſtrenſe, an non habeat: & ſi habet, utrum mutuum quantitatem peculii caſtrenſis excedat, an non excedat. In quo apparet eum ius illud vetus mutaſſe. Neque vero utrum dicatur, etiam in re ipſa parum intereſt. Nam qui dicit mutuum militi datum uſque ad quantitatem peculii caſtrenſis valere, duo complectitur, in quibus neget conſiſtere mutui obligationem & actionem. Primum ſignificat patrem eo nomine non teneri ne de peculio quidem. Non enim poteſt de peculio caſtrenſi, quia id peculium non eſt patris, ſed totum in iure & poteſtate filiifamilias militis. *d. L. 3. C. de caſtr. pecul. lib.* 12. De peculio militis profecticio poſſet conveniri: ſed prohibet ſententia ſuperior. Sic enim conveniretur ultra quantitatem peculii caſtrenſis. Quod illa ſententia prohibet. Deinde iiſdem verbis negat ipſum filiumfamilias teneri ultra, quam habeat in caſtrenſi peculio. Ut ſi proponas habuiſſe eum in peculio centum, & ducenta mutuo acceperit, debiturus ſit tantum centum ex ſuperiore iure: & quanvis poſtea emancipatus, aut aliter iuris ſui factus alia bona habere cœperit, nihilo tamen plus ab eo poſſit exigi, quam quatenus mutuum ante conſtitit, id eſt ad modum caſtrenſis peculii. Utrumque horum ſuſtulit, qui in perſona filiifamilias militis confirmavit ſine exceptione mutuum. Eadem enim opera conſtituit actionem de peculio adverſus patrem ex iure communi, quo iure pater ex omni contractu filii iuſto tenetur de peculio.

culio. §. *actiones autem*, *Inſt. de act.* & ſimul in ſolidum actionem, eamque perpetuam adverſus filiumfamilias dedit.

XI. Num idem dicemus in his, quibus quaſi caſtrenſe peculium datum eſt conſtitutionibus, ut magiſtratibus, advocatis, profeſſoribus liberalium artium, & ſimilibus, de quibus in *L. ult. C. de inoff. teſt.* Et ſi recte dicitur ceſſare Macedonianum in iis qui caſtrenſe peculium habent hac ratione, quia filiifamilias in peculio caſtrenſi vice patrumfamilias funguntur; *d. L.* 1. in fi. & *L.* 2. *D. eod.* facit hæc ratio, ut in iis, qui peculium quaſi caſtrenſe habent, idem admitti debeat. Non enim minus de his vere dici poteſt eos in peculio quaſi caſtrenſi vice patrisfamilias fungi. Quoniam utrumque peculium in filiisfamilias eodem iure habetur, & quidem iam olim. *L.* 1. §. *nec caſtrenſe*, *D. de coll. bon.* §. *ult. Inſt. de mil. teſt.* Sed adiiciemus in his id, quod olim in milite, his ſcilicet pecunia mutuo data ceſſare quidem ſenatuſconſultum, ſed uſque ad quantitatem peculii quaſi caſtrenſis. Vetus hoc ius erat in milite filiofamilias, cuius exemplo nunc utimur. Quare niſi ſuperiore conſtitutione Iuſtiniani immutatum ſit in horum quoque poſteriorum perſona, id etiam nunc in illis manere oportet. *L. præcipimus*, in fi. *C. de appellat.* Nihil autem proponitur in ea conſtitutione, cur mutatum exiſtimari debeat. Cavet ea conſtitutio tantum de filiofamilias milite; nihil de iis, qui reipublicæ militare dicuntur in toga, quorum peculium eſt quaſi caſtrenſe. Etſi daremus in his forte eamdem rationem eſſe, quæ eſt in milite; tamen in vetere iure innovando hæc regula perpetuo tenenda eſt, quæ traditur in *d. L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.* quidquid poſteriore lege innovante ſpecialiter expreſſum non eſt, id veterum legum conſtitutionumque regulis relictum intelligi debere. Nunc autem ne in poſterioribus quidem iſtis, qui caſtrenſe peculium habent, eadem ratio eſt, quæ in milite. Certe ratio Iuſtiniani reddita in milite in *d. L. ult. C. ad ſenat. Mac.* ad illos non pertinet. Ait enim in perſona militis filiifamilias mutuum conſiſtere, quia cum & in aliis iuris articulis pleriſque non ſit abſimilis iis, qui ſunt ſui iuris; tum vero ex præſumptione omnis miles non credatur in aliud quidquam pecuniam accipere & expendere, niſi in cauſſas caſtrenſes. Hæc ratio ex inſtitutis & diſciplina militari Romanorum recte convenit militibus, qui ſub armata militia ſtipendia merent. Hi enim vetere diſciplina verſabantur ſemper in caſtris, in quibus & laboribus militiæ perpetuo exercebantur, ut quibus abeſſe non liceret, niſi commeatu impetrato. Quo fiebat, ut non viderentur facile impendere poſſe acceptam pecuniam, niſi in res ad caſtra, & vitam caſtrenſem pertinentes. In hac autem, qui libere verſantur in civitate, quibus licet exire & redire, quo volunt, & quando volunt, quibus denique non minus obvius eſt & liber luxus ac convictus urbanus, quam cæteris; in his, inquam, perſpicuum eſt idem dicere non licere.

XII. Hæc de iis filiisfamilias dicta ſunt, quos conſtat tales eſſe, cum mutuam pecuniam accipiant. Quid ſi tum pendeat, an ſit in poteſtate filius, quoniam patrem apud hoſtes habeat? Dixeris quidem recte eventu ſolo certum fieri, utrum tum fuerit in poteſtate, necne: quia redeunte patre perinde habeatur, quaſi is in civitate ſemper manſiſſet, & filium habuiſſet in poteſtate: patre apud hoſtes mortuo, iam ab initio ex quo pater captus eſt, videatur filius ſui iuris fuiſſe. §. *ſi ab hoſtibus*, *Inſt. quib. mod. ius patr. pot. ſolv.* ut priore caſu certum eſſe incipiat ſenatuſconſulto locum eſſe: poſteriore ceſſare: nec vero ante poſſit de eo ſtatui. Quid ergo interim fiet, ſi proponas pecuniam interim filio mutuam datam? an quia pater mori poteſt apud hoſtes, ideo tanquam patriſfamilias datum repetere licebit: an vero quia pater poteſt redire, ideo non licebit repetere tanquam datam filiofamilias? Et placet interim denegandam actionem, *L.* 1. §. 1. *D. de ſen. Mac.* nempe ideo, ne data interim actione, fiat contra ſenatuſconſultum, ſi forte pater ab hoſtibus redeat, quod poteſt accidere.

XIII. Sed & ſenatuſconſultum vetat mutuam pecuniam dari filiofamilias, id eſt, ei qui ſit in poteſtate parentis, ſive hunc talem eſſe conſtet, ſive hoc ipſum ſit in pendenti, niſi pro patrefamilias habeatur, ut miles: ideo de filiofamilias tantum cavendo, hoc ipſo cæteris, qui ſui iuris ſunt, licet filiis, quoſcumque parentes habeant, mutuam pecuniam dare concedit. Sic enim ius accipitur, ut quod in certæ conditionis perſonis adimitur lege, id aliis omnibus hoc ipſo conceſſum intelligatur. *L. qui teſtamento*, §. *mulier*, *D. qui teſt. fac. poſſ.* Hoc amplius & quod non interdicitur iure, id cuivis intelligitur licere. *L.* 1. §. 1. *D. de teſtib.* *L. mutus*, §. 1. *D. de procur.* Hinc fit, quod prima fronte videatur mirum. Finge enim patri duos eſſe filios, unum filiumfami-

familias, alterum emancipatum; illum frugi, induſtrium, magiſtratum; emancipatum autem nec frugi, nec induſtrium, & privatum, puta negotiatorem. Si tamen pecunia mutua data erit iſti filiofamilias, mutuum non conſiſtet, vetante Macedoniano, ut ſupra diximus. Si data erit emancipato, conſiſtet: quia non eſt impedimento ſenatuſconſultum, quod tantum vetat dari filiofamilias. Quod quidem videri poteſt etiam conſtitui abſurde. Quid enim, an in poſteriore non multo plus periculi eſt, ne pecuniam acceptam male conſumat, & prodigat quam in priore? & ſi luxuria metuitur, an non hic poſterior opportunior videtur corruptelæ, aut certe an non ambo opportuni æque? Et omnino conſtituerentur iſta abſurde, ſi hic vetaretur mutuum filiifamilias cauſſa, & ne res ſuas male conſumeret in luxuriam. Nam in quibus maior eſſet hic metus, in his multo magis ius idem ſtatui oporteret. Sed conſilium & ratio ſenatuſconſulti cognita rem expediet. Ideo hic primum locus poſtulat, ut hanc cognoſcamus.

XIV. Propoſitum vero eſt ſenatuſconſulto conſulere potiſſimum parentibus, quorum in poteſtate eſt filius, qui pecuniam mutuam accepit: Offendit ſenatuſconſultum, inquit Ulpianus ſolus, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit. Nam pecuniæ datio pernicioſa eorum parentibus viſa eſt. *L. 3. §. is autem D. de ſen. Mac.* Sed quomodo pernicioſa eorum parentibus, cum liberum ſit parenti non concedere filio peculium profecticium; non poſſit autem ex quovis contractu filii conveniri pater, niſi de peculio? cur etiam pernicioſa in filiofamilias potius, quam in cæteris liberis? Id paulo plenius explicatur in §. *pen.* in fin. *Inſt. quod cum eo*, his verbis: *quæ ideo ſenatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum* [6] *inſidiabantur*. Itaque ſi hoc idem explicatius dicendum eſt & planius, intelligemus ex hoc loco, duas res cauſſam dediſſe ſenatuſconſulto, luxuriam ſeu corruptelam filiorumfamilias, & periculum, quod inde naſcitur parentibus. Luxuriæ materia filiisfamilias certa parata eſt, ſi mutuum pecuniæ creditæ cum his conſiſtere cœperit. Sic enim facile adoleſcentes luxurioſi reperient eos, qui dent mutuam pecuniam, quam deinde ipſi licenter in luxuriam profundant. Idque facient audentius, dum videbunt ſe nihil habere, in quo poſſint conveniri in præſentia, de futuro ſecuri. Tolle mutui huius obligationem: luxuriæ materiam ſuſtuleris. Nam ſpe recipiendæ pecuniæ ſublata, nemo illis mutuum dabit. Ubi non acceperint, nihil erit, quod conſumant. Sed nihil ad rem pertineret luxuria filii pecuniam accipientis, niſi hinc naſceretur periculum parentibus, quibus potiſſimum ſenatus conſultum voluit. Hoc periculum duplex: unum exiſtimationis, alterum vitæ. Non poteſt filiusfamilias luxurioſe vivere ſine certo dedecore parentis, cuius eſt in poteſtate. Nam ſi ſcit parens, debet prohibere, quia poteſt. Habet enim eum in poteſtate, & poteſt eum cogere atque adeo coercere, ſi videtur, pro iure & imperio poteſtatis. Si ignorat, tamen hæc ipſa turpis ignorantia eſt, nec ferenda. Nam cum eum habeat domi, aut aliis in locis volens, advigilare debet, & proſpicere, ne corrumpatur. Sed accedit periculum maius, quod intentatur parentis vitæ. Nam filiusfamilias ubi multa prodegerit, tandem obrutus ære alieno incipiet optare mortem patris, ut bonis mortui potitus ſe eo ære exſolvat. Ex eadem re etiam eo deducetur, ut velit etiam inſidiari vitæ patris. Iſtarum ergo rerum materiam & periculum præcidere propoſitum fuit ſenatuſconſulto. Nihil horum ita metui poteſt in filio emancipato. Nam cum venerit in bona ſua ſui iuris factus, timidius ſumet mutuum, quod conſumat, ſciens futurum, ut de ſuo ſtatim dependere cogatur conventus. Ut autem forte id non metuat, & ſit luxurioſus, qui ſua & aliena æque cupide conſumat: tamen nullum hinc admodum creatur periculum parenti, quale ſupra metuebamus. Nulla certe in eo turpitudo patris. Is monere poteſt filium, ne ſua profundat, & vivat luxurioſe. Repugnantem cogere non poteſt, qui eum non habet in poteſtate. Vitæ periculum domeſticum emancipatione ſublatum. Nam cum emancipatus tranſeat in aliam familiam & aliam domum, non magis pater expoſitus eſt huius inſidiis, quam cuiuſvis alterius extranei: quod non item licet dicere in eo, qui verſatur in eadem domo. Poſtremo cum emancipatus ſui iuris & arbitrii eſſe cœperit, nihil cauſſæ dici poteſt, cur non eodem iure utatur

in

6) Exſpectata eorum morte *d. L. 1. in ſ. pr.* Expectati enim dicuntur parentes, item filii parentibus, Terent. in *Adelph. Vos ut quam vos te exſpectatum, eieciſſet foras*: quorum mores in dies ſingulos exoptantur, Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 13. Hinc Abb. Panorm. in C. *quia plerique de immunit. Eccl.* hodie inter Chriſtianos non eſſe locum SC. Macedoniano quia ratio illius deficiat, cum huius religionis filiusfamilias non credatur inſidias vitæ paternæ moliri, ref. & reprobante Gomezio 2. *Reſol.* 6. n. 2. & C. 15. n. 10.

in rebus omnibus, quo cæteri patresfamilias. Neque damnum pecuniæ patri ullum, quia pater ex contractibus filiorum emancipatorum non tenetur ullo modo. *L.* 1. *C. ne fil. pro pat.*

XV. Tertium eſt in prohibitione ſenatuſconſulti, quod eſt in re prohibita primum, quod vetat non contrahi cum filiofamilias, ſed filiofamilias, mutuum dari. Proinde quocumque alio modo cum filiofamilias contractum erit, quocumque alio ille fidem ſuam obſtrinxerit, valebit quod geſtum eſt, tanquam geſtum cum patrefamilias, quia hic ceſſet ſenatuſconſultum. Veluti ſi quid vendiderit, emerit, permutarit. *L.* 3. §. *is autem*, *D. eod.* Nec intererit, utrum non utiliter gerat, an ſe obligando perdat. Itaque etſi fideiuſſerit pro alio, placet eum in univerſum obligari. *L. item* in pr. *D. eod* & tamen conſtat fieri poſſe, ut fideiubeat pro eo qui ſolvendo non ſit, aut fideiubeat animo donandi. Idem placuit, etſi quod mutuum alii dedimus, filiusſamilias novandi animo in ſe ſuſcipiat. *L. ſi quod alii*, *D. eod.*

XVI. Longius itum eſt. Adeo enim viſum eſt, quidquid filiusſamilias ex alio contractu debere cœperit, conſiſtere in eo obligationem, ut ſi primo cœperit debere pecuniam ex alia cauſſa, deinde convenerit, ut eam retentam ſibi mutuam haberet; placeat nihilominus eum pariter teneri. *L.* 3. §. *is autem*, *D. eod. L. tertia. Cod. eod.* Atqui hac conventione poſteriore pecunia mutua facta eſt. *L. ſingularia*, *D. ſi cert. pet.* Sed non eſt data, & ideo ceſſat ſenatuſconſultum, inquit Ulpianus *d. L.* 3. §. *is autem*. Atenim, dicat aliquis, nihil intereſt, utrum dem tibi pecuniam, an meam, quæ apud te erat, velim apud te eſſe, ut tua fiat, aut fiat mutua. *L. qua ratione*, §. *interdum*, *D. de acquirend. rer. domin. L. certi*, §. *ult. D. ſi cert. pet.* Dicendum eſt nihil intereſſe ad dominium transferendum, aut mutuum conſtituendum: ad ſententiam autem ſenatuſconſulti, ideſt ad [7] corrumpendum filiumſamilias multum intereſſe. Nam cui pecunia datur mutua, is accipit, quod conſumat. Hanc conſumptionem impedire voluit ſenatus. At cui pecunia non datur, ſed quæ iam illius erat, ei permittitur, hic nihil accipit, quod poſſit conſumere, nec magis habet ex hac conventione, quam prius. Hinc eſt altera ratio, qua hoc poſterius mutuum defenditur in *d. L.* 3. *C. eod.* originem ſcilicet potius obligationis in hoc mutuo, quam titulum actionis conſiderandum eſſe. Titulum actionis vocanr Imperatores nomen actionis novæ, quæ de ea pecunia competit. Ideo autem origo obligationis potius in hoc mutuo ſpectanda eſt, quia nova actio priori ſubiecta nihil inducit novi contra ſenatuſconſultum, quod vetat pecuniam dari, nec quidquam adfert, quod in priore obligatione non fuerit, ut ante dixi. Cur ergo cætera negotia conceſſa ſunt filiofamilias, ſolum mutuum ademptum? Quia id conſentaneum eſt ſuperiori rationi ſenatuſconſulti. Ex mutui datione materia luxuriæ parata eſt; unde & periculum ſequens, quod diximus: ex cæteris contractibus non item. Nam ex mutuo pecuniam accipit filiusſamilias quam facile prodigat. Ex cæteris cauſſis, non accipit, ſed incipit debere, quod præſtet. Quo plura de his quæ habet, præſtiterit, & minore fructu, eo minus illi facultatis ſuppetet ad luxuriam, quod conſilio ſenatuſconſulti convenit.

XVII. Quod tamen diximus quidquid cum filiofamilias ex aliis cauſſis contractum erit, valere, ſic accipiendum erit, niſi excogitatum ſit in fraudem ſenatuſconſulti. Ex æquo enim irritum eſt, & quod fit aperte contra legem, & quod in fraudem legis. *L. non dubium*, *C. de legib.* Sic autem fraus excogitari poteſt in emptione, ſi filiofamilias mutuam pecuniam roganti creditor rem vendat, ex qua ille pecuniam conficiat, quam petit, pretium autem habeat in mutui vicem. *L.* 3. §. *is autem*, in fi. *D. eod.* Sic in fideiuſſione, ſi rogante filiofamilias mutuum, numeret creditor pecuniam alii, filius autem familias ad quem perventura erat pecunia, fideiuſſor interveniat, aut conſtituatur alter reus eiuſdem pecuniæ. *L. item*, in pr. & §. 1. *D. eod.* In his aperte nihil fit contra verba ſenatuſconſulti, quia filiofamilias pecunia mutua non datur, ſed fit obliqua via, quod ſenatuſconſultum noluit. Ideo enim prohibet mutuam pecuniam filiofamilias dari, quia non vult pecuniam ad eum pervenire, quam conſumat in luxuriam. *d.* §. *pen. Inſt. quod cum eo.* At hic pecunia alia via in eam rem pervenit ad filiumſamilias. Hoc autem eſt in fraudem legis, cum fit, qund lex verbis non vetuit, fieri autem ex ſententia noluit. *L. contra*, *L. fraus*, *D. de legib.*

XVIII. Quarto loco expendatur, ſenatuſconſultum Macedonianum non verare

quodvis

7) Duar. *hoc tit.* C. 1. Zang. *de Except.* P. 3. C. 10. n. 8.

quodvis mutuum, ſed tantum mutuam pecuniam. Hæc verba ſic acceperunt veteres, ut vetaretur dari ſolum pecunia numerata, non etiam res cæteræ, quæ mutuo dari poſſunt, ut ſunt quæ conſtant pondere, aut menſura, veluti æs aut argentum infectum, vinum, oleum, frumentum. Quæ utiliter filiofamilias mutuo dari poſſe placuit, quia ſenatuſconſultum non prohibeat. Idque ipſum nominatim colligit Ulpianus ex eo, quod ſenatus dixerit mutuam pecuniam. Perperam, dixerit aliquis; quia adverſus ſignificationem verbi. Pecuniæ enim nomine inter omnes conſtitit non ſolum numeratam pecuniam, ſed omnes res tam ſoli, quam mobiles, ideſt corpora omnia; & tam corpora, quam iura contineri. *L. pecuniæ nomine*, *L. pecuniæ verbum*, *D. de verb. ſignif.* Quod ſi ita eſt, non recte, inquam, veteres, qui adverſus hunc uſum & ſignificationem verbi, pecuniæ verbum ad pecuniam tantum numeratam retulerunt. Cum in interpretatione omnium legum, & voluntatum hæc regula interpretationis tradita ſit, ſemper in re dubia verbis ſtandum eſſe, nec unquam ab earum ſignificatione recedendum, niſi cum manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe ſcriptorem. *L. 1. §. licet*, verſic. *in re igitur*, *D. de exerc. act. L. non aliter*, *D. de leg. 3.* Sed recte veteres ex hac ipſa regula. Sic enim pecuniæ verbo res omnes continentur, niſi adiunctum contrahat ſignificationem verbi, unde voluntas contraria ſcriptoris intelligatur. Id autem accidit in hoc ſenatuſconſulto, cum nominat [8] pecuniam mutuam. Nam ſi voluiſſet ſenatus prohibere omnium rerum mutuum, otioſe diceret mutuam pecuniam, cum ſufficeret uno verbo prohibere dari mutuum. Nunc autem prohibet dari nominatim mutuam pecuniam. Unde intelligitur eum non genus mutui, ſed ſpeciem prohibere voluiſſe. Quod ſi quam ſpeciem in mutuo appellatione pecuniæ ſignificari placet, non poteſt alia recte ſignificari, quam pecunia numerata. Quocirca & hanc ſignificari in ſenatuſconſulto, ex his ipſis verbis: *mutuam pecuniam dediſſet*, recte collegit Ulpianus; excludi autem res cæteras: idque ipſum & nos ſequi debemus: quoniam ſic lex omnis accipienda eſt, ne quid videatur ſupervacuo caviſſe. *arg. in L. 1.* in fin. *D. ad municip.* Enimvero cur non licet mutuam pecuniam dare filiofamilias, cæteras res licet; cum in omnibus pariter contrahatur mutuum? Fit hoc ex eodem illo fine ſenatuſconſulti, quem ſupra oſtendimus. Propoſitum eſt ſenatuſconſulto in mutuo prohibendo præcludere materiam luxuriæ & profuſionis filiorumfamilias, ne ex ea inciderent in grave æs alienum, unde adducerentur denique ad inſidiandum vitæ parentum. Hoc periculum luxuriæ & profuſionis metuitur in pecunia numerata, quæ detur filiofamilias; in aliis rebus quanvis mutuis non metuitur. Nulli enim creditores facile reperientur tantum poſſidere frumenti, vini, aut olei, ut dare poſſint ex his, quod ſufficiat adoleſcenti luxurioſo ad luxuriam. Et ſi qui tantum habeant, tamen nolent dare, ne appareat dolus & illorum improbitas in corrumpenda iuventute; quoniam illarum rerum mutuum latere non poteſt, ut poteſt latere in pecunia numerata. Tum autem ne ipſi quidem filiifamilias earum rerum mutuum requirunt ad luxuriam & libidinem. Illis enim ad voluptates, & ea quæ libent, percipienda, inſtrumentis & adminiſtris opus eſt, quorum opera in ea re utantur. At miniſtri libidinum quærunt pecuniam, ex qua quæſtum faciant, non quærunt res cæteras, quas neceſſe ſit corrumpi, niſi & ipſi conſumerent, aut parvo venderent; quod nolunt. Eſt tamen & in aliis rebus filiofamilias mutuo datis eadem exceptio, quam in aliis contractibus quam mutui, adhibendam eſſe ſupra diximus: ut recte res aliæ, quam pecunia numerata, dentur mutuæ filiofamilias, & conſiſtit mutuum, niſi fraus ſenatuſconſulto quæſita ſit; puta, inquit Ulpianus, frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his fructibus diſtractis uteretur filiusfamilias pecunia, quam mutuam petierat. *L. item*, *§. mutui*, *D. eod.*

XIX. Sed ut requirit ſenatus pecuniam numeratam, quam vetet dari mutuam: ita ſi hæc mutuo data ſit, nihil amplius exigit, ut ne eo nomine detur actio. Sic enim verba ſunt: *ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, actio petitiove daretur.* Hinc intellectum eſt id, quod Ulpianus ſcribit in *L. item*, *§. non ſolum*, in fin. *D. eod.* ſive pecunia ſub uſuris mutuo data ſit, ſive ſine uſuris, eam ad ſenatuſconſultum ſpectare, ideſt æque mutuum improbari. Definitio ideo notatu digna, quia aliis locis videri poſſit diverſum ſtatui, a quibus decipi ſit admodum proclive, niſi moneamur. Nam primum in ſenatuſconſulto ipſo ſic extrema verba ſunt:

ut

8) Quæ ſtrictiſſima acceptio eſt, vid. Goedd. *ad L. 4. de V. S. n. 35. & ſeq.*

ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filiiſamilias bonum nomen fieri, expectata patris morte. Quæ verba ad fœneratores pecuniæ aperte referuntur. Sed & in *L.* 3. *C. eod.* ſenatuſconſultum Macedonianum circumlocutione ita deſcribitur, ut vocetur ſenatuſconſultum, *quo fœnerare filiisfamilias eſt prohibitum*; quaſi nihil prohibeatur eo ſenatuſconſulto, quam fœnerare. Ergo adverſus hos locos muniendi ſumus ſuperiore definitione, & ita ſtatuendum, ſenatuſconſultum ad omnem mutuam pecuniam pertinere. Non obſtat, quod extrema verba ſenatuſconſulti nominatim feruntur adverſus peſſimum exemplum fœnerandi, quodque inde dicitur ſenatuſconſultum prohibere fœnerare filiisfamilias. Hoc enim vere agitur, & præcipue prohibetur ſenatuſconſulto. Sed non minus & illud verum eſt, prohibere ſenatuſconſultum ſimpliciter, ne pecunia mutuo detur filioſamilias, & ſi data ſit, denegare actionem. *L.* 1. *D. eod. d. §. pen. Inſt. quod cum eo.*

XX. Poſtremo & illud obſervandum eſt in prohibitione ſenatuſconſulti, vetare id non promitti pecuniam mutuam, ſed dari. Hoc eam vim habet, ut ſi quis creditor alicui ſtipulanti promiſerit primo ſe pecuniam mutuam daturum, deinde alio tempore hanc ipſam eidem dederit, ut promiſerat, ſciamus non eſſe ſpectandum, quo tempore pecunia promiſſa ſit, ſed quo data, ut poſſit ſtatui, ſitne locus ſenatuſconſulto, an non ſit. Utputa, fœnerator aliquis petenti & ſtipulanti filioſamilias promiſit ſe pecuniam crediturum, ut eſt species. *L. ſi pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* deinde eidem, ſed emancipato, aut morte patris, vel aliter ſui iuris facto pecuniam mutuam dedit, promiſſionem ſecutus. Ceſſabit ſenatuſconſultum; quia patriſamilias mutuam pecuniam dari non prohibet. Hic autem patriſamilias data eſt, non filioſamilias. E converſo ſi idem promiſerit patrifamilias ſe ei pecuniam crediturum: deinde eidem poſtea arrogato det: ſenatuſconſulto locus erit; quia verum eſt pecuniam filiofamilias datam eſſe; id quod ſenatuſconſultum prohibet. Hæc in *L.* 3. *§. ult. L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *D. eod.*

CAP.

Digitized by Google

C A P. X X V.

Pecunia filiofamilias mutuo data, quo iure mutuum habeatur. In quo eſt ſenatuſconſulti Macedoniani adverſus dantem pœna; accipienti, & his qui eo nomine teneri poterant, auxilium & beneficium ſenatuſconſulti.

Pœna SC. fœneratori impoſita, actionis denegatio. I.
Quinque in ea ſpectari oportere, & quæ. II.
Denegatur actio aut in totum, aut cum addita exceptione. Qualis uterque modus; & an addita exceptio SC. verbis refragetur. III.
His SC. verbis: ne cui actio, petitiove daretur*: quælibet actio in perſonam, & in rem de pignore denegata.* IV.
Etiam ſi pecunia mutuo data filiiſfamilias auxerit peculium: quæ huius definitionis ratio. V.
Denegatur illa ex SC. verbis ſoli creditori: ex veterum interpretatione creditoris heredibus, & duobus credendi ac ſtipulandi reis.
Horum ſpecies ſeu caſus quales. VI.
Veterum interpretatio defenditur. VII.
Denegatur autem adverſus filiumfamilias, & eius parentem, & ſucceſſores; & quando adverſus fideiuſſores, & alias accesſiones principalis obligationis. VIII.
Contrariis occurritur. IX. X.
Exceptio Macedoniani etiam filio ſui iuris facto, & ſeu morte patris, ſeu alio legitimo modo a patria poteſtate liberato durat. XI.
Eademque opponi poteſt etiam poſt rem iudicatam. Et quare id in hac Macedoniani exceptione, aliaque Velleiani conceſſum. XII.

I. PRohibitio hactenus ſenatuſconſulti, & quid contineat. In quo eſt cauſſa pœnæ hoc ſenatuſconſulto conſtitutæ. ſequitur pœna ſenatuſconſulti huius ipſius Senatuſconſulti pars altera, ut propoſuimus. Pœna quidem fœneratori, in cuius odium, & pœnæ cauſſa liberantur actione, qui alioqui eius mutui nomine obligati tenerentur. *L. ſed ſi pater*, in fin. *D. eod. L. qui exceptionem*, iuncta *L. ſi pœnæ*, *D. de cond. ind.* ſed [1] auxilium & beneficium iis qui liberantur. Sic vocatur in *L. pen. C. eod.* Eſt autem hæc pœna breviter comprehenſa ſenatuſconſulto: ſi adverſus ea filiofamilias pecunia data erit, ne cui, qui dederit, actio petitiove detur. *d. L.* 1. *D. eod.* Ita in ſumma his verbis denegatur, adimiturve actio, quæ alioqui futura erat creditori.

II. In hac ademptione neceſſario hæc inſunt quinque natura, quæ quia ſenatuſconſulto non ſatis ſunt expoſita, ideo ſigillatim expendenda & cognoſcenda ſunt. Neceſſe eſt enim aliquo modo denegari actionem, & quæ denegatur, hanc certam eſſe. Sed & hanc denegari oportet certis perſonis, & denegari adverſus aliquos. Poſtremo aut perpetuo, aut ad certum tempus. Hinc ſciamus totidem in hanc pœnam incurrere, quæ quærantur, & de quibus ordine cognoſcamus. Primum, quid ſit hoc denegare actionem, ſeu quomodo fiat hæc denegatio. Secundum, quid hic denegetur, adimaturve. Tertium, quibus. Quartum, adverſus quos. Quintum & poſtremum, quandiu. In quo aliis verbis hæc eadem quæri intelligemus, cum quæritur, Quæ exceptio adverſus quam actionem detur hoc ſenatuſconſulto, adverſus quos, quibus, & quandiu, ut deinceps patebit.

III. Primum eſt igitur in perſona ſenatuſconſulti, pecunia filiofamilias mutuo data, eius rei nomine actionem non dari, & ut explicatur in §. *pen. quod cum eo.* denegari actionem. Denegatur actio duobus modis. Uno in [2] totum, cum actor in totum non admittitur ad agendum, ut ita non ſit reo neceſſaria exceptio. Quod fit in hac ſpecie mutui, cum non eſt controverſia inter creditorem & reum, quin pecunia data ſit contra ſenatuſconſultum Macedonianum: ubi ſcilicet convenit datam eſſe filiofamilias, fateturque actor nihil

1) Non tamen in favorem filiorumfamilias hoc remedium proditum, ut & noſter *h. in Cap. in fin.* Quo enim favore digni qui pecunias profundunt, ſed in odium fœneratorum, licet reſpiciat quoque favorem parentum. Duar. *ad tit. de Cond. in d. Cap. ſ.* 907. *col.* 2. Gomez. 2. *Reſol.* 9. *n.* 1.

2) Vid. *infra C.* 30. *N.* 1.

hil ſe amplius adferre ad repetitionem, quam quod mutuum dederit de ſuo. Altero modo, cum creditori actio datur, ſed adverſus actionem datur reo exceptio Macedoniani. Quod fit, cum inter actorem & reum controverſia eſt, utrum pecunia data ſit contra ſenatuſconſultum, an non ſit. Veluti, ſi creditor dicat eum, cui dedit, non fuiſſe filiumfamilias, cum dedit, aut ſi quid alleget eorum, propter quæ ſenatuſconſultum ceſſare poſtea in exceptionibus ſenatuſconſulti dicemus: reus autem nihil eorum eſſe contendat, & ideo utatur exceptione Macedoniani, de qua deinceps iudicio conſtituto cognoſcatur. Hoc ſic explicat Ulpianus circa edictum de iureiurando in *L. nam poſtea*, in pr. *D. de iur.* Nam edictum de iureiurando de actione non danda iiſdem verbis conceptum eſt, quo ſenatuſconſultum Macedonianum. Pollicetur enim prætor ſe in eum, qui iuraſſet, actionem non daturum. *L. ait prætor*, *D. de iur.* Hæc verba interpretans Ulpianus in *d. L. nam poſtea*, ita ſcribit, poſteaquam iuratum eſt, denegatur actio. Aut ſi controverſia erit, ideſt ſi ambigitur, an iuſiurandum datum ſit, exceptioni locus eſt. Sciamus hanc definitionem pertinere ad ſenatuſconſultum Macedonianum, item ad Velleianum, quibus ſimiliter vetatur dari actio de re ad cauſſam eorum ſenatuſconſultorum pertinente. Hinc eſt illa exceptio ſenatuſconſulti Macedoniani, quam tot locis legimus, ut *L. item*, *§ quamquam*, *L. tamen*, *L. pen.* *D. eod. L.* 1. *C. eod. L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Sed quam exceptio cum verbis horum ſenatuſconſultorum, & ſuperioris edicti conveniat, merito quæri poteſt; cum potius his verbis videatur excludi. Verba efficiunt ſimpliciter, ne detur actio. At exceptione conſtituta prius actionem dari volumus. Nunquam enim datur exceptio reo, niſi prius data actori actione, quæ exceptione oppoſita removeatur; cum exceptio nihil aliud ſit, quam excluſio conſtitutæ & propoſitæ prius actionis. *L.* 2. *D. de except.* quod & exemplis dilucide declaratur *Inſt. de except.* in pr. & deinceps. Sed non ſunt hæc contraria, actionem non dari, & actione data, addi exceptionem, qua actio excludatur. Nam exceptione addita, utrumque eodem tempore vere dicitur, actionem creditori dari, & eamdem non dari, diverſis conditionibus. Datur actio creditori, ſed ſub conditione, ſi exceptio falſa ſit, ut falſam eſſe actor contendit. Unde controverſia, quæ iudicio locum facit. Rurſum non datur actio ſub contraria conditione, ſi vera ſit exceptio: cuius probatio a reo exigitur. Qua ratione exceptio dicitur eſſe conditio, quæ reum condemnatione eximit. *L. exceptio*, antepen. *D. de except.* quaſi ſcilicet actione in eum caſum non data. Ita fit, ut ſemper verum ſit, quo tempore datur exceptio efficax, eodem tempore actionem nec dari. Rectiſſime igitur utrumque dicitur ex hoc ſenatuſconſulto, & ſimilibus partibus iuris, quibus vetatur dari actio, hanc ipſam in totum denegari, ubi de exceptione conſtat, & ſimul in exceptione controverſa actionem ita dari, ut addita exceptione & probata, poſtea repellatur.

IV. Hoc intellecto, quid ſit denegari actionem; quærendum eſt, quæ hic actio denegetur eius mutui nomine, de quo agitur: adverſus quam eamdem, cum opus eſt, detur exceptio Macedoniani, quam diximus. Ei ſenatuſconſulto expreſſum eſt, omnem actionem ex ea cauſſa denegari: ſeu omnem actionem exceptione ſenatuſconſulti Macedoniani ſummoveri. Omnem, ideſt & in perſonam, & in rem, quæcumque eo nomine competitura eſſet, ſi ſenatuſconſultum non eſſet impedimento. Id ſignificatur illis verbis; *ne cui actio petitioque daretur*. Actio in perſonam eſt: petitio, in rem actio. *L. actio*, *D. de oblig. & act. L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de verb. ſignif.* Actio in perſonam de pecunia mutua eſt condictio certi ex mutuo adverſus filiumfamilias: adverſus patrem eadem de peculio, eadem & adverſus heredes. Adverſus fideiuſſores ex ſtipulatione certi condictio, adverſus mandatores mandati. Omnes hæ, & ſi quæ ſunt ſimiles, quæ adverſus alias acceſſiones competunt, actionis verbo denegantur hoc ſenatuſconſulto. Actio in rem in hac ſpecie nulla competit de pecunia credita. Creditor enim pecuniam filiofamilias mutuam dando, facit eam accipientis. *L.* 2. *§. appellata*. *D. ſi cert. pet. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr. Quo facto ſimul & ipſe dominus eſſe deſinit, ut nulla poſſit amplius ei, multoque minus alii competere eius pecuniæ nomine in rem actio. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed actio in rem hic intelligenda eſt de pignore, ſi quod forte obligatum ſit creditori in eam pecuniam, quæ filiofamilias data eſt. Nam actio de pignore in rem eſt, quæ dicitur hypothecaria, *§. item Serviana*, *Inſt. de act.* Hanc quoque denegari intelligimus petitionis verbo.

V. Et omnem hanc actionem denegari in pecunia filiofamilias credita nullam dubitationem recipit, ſi is pecuniam acceptam

ptam male conſumpſerit, ubi conſtet neque patrem, neque filium ex ea numeratione cum iniuria creditoris locupletiorem eſſe factum, qui locupletior non ſit factus. At quid, ſi pecunia mutuo data adhuc exſtet in peculio filiifamilias vel apud ipſum, vel apud patrem, & eodem tempore experiatur creditor, ut ſibi reddatur pecunia, vel hoc nomine quod exſtet adhuc, & reddi poſſit ſine damno accipientis; ipſi autem ſine manifeſto pecuniæ damno denegari non poſſit? An non æquum eſt ſaltem hoc caſu ei actionem dari? Videtur id manifeſta æquitas, & regula iuris ſuadere, qua traditur, natura æquum eſſe, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*. L. nam hoc natura. *D. de cond. ind.* Sed hoc in pecunia filiofamilias contra ſenatuſconſultum Macedonianum credita non placuit. De eo ita decreto ſenatus denegatur actio, ut placeat nihil intereſſe, utrum conſumpti ſint nummi, an exſtent in peculio. *L. ſed ſi pater*, *§. hoc ſenatuſconſultum*. *D. eod.* Quod & verbis ipſis efficitur. Quippe ita verba ſunt, *ne cui detur actio petitiove*, *qui mutuam pecuniam dediſſet*. Ubi apparet ad omnem denegationem actionis ſufficere mutuam pecuniam datam eſſe filiofamilias, neque diſtingui, quis deinde mutui ſit exitus, dum ne incidat in eos caſus, qui huius ſenatuſconſulti exceptionem habent. De quibus poſtea. Non offendemur eo, quod dicitur natura æquum eſſe, ne quis locupletior fiat cum detrimento alterius. Hoc enim hactenus æquum eſt, niſi ſi cui ob pœnam id adimitur. Pœna namque arguit, quod adimitur, iuſte adimi: cum pœna imponatur delicti coercendi cauſſa: æquum ſit autem atque adeo publice utile delicta coerceri. *L. ita vulneratus*. illic, *quod ſi*. *D. ad leg. Aquil.* *L. locatio*, *§. quod illicite*, *D. de publ.* Atqui id accidit in pecunia filiofamilias mutuo data, in qua denegari actionem conſtat ob pœnam creditorum, ut ſupra oſtendimus, traditurque in *L. ſed ſi pater*, in fin. *D. eod.* Et hinc in *ead.* *L. ſed ſi §. hoc ſenatuſconſultum*. nominatur in hac parte ſeveritas ſenatuſconſulti. Recte ſeveritas; quia benignitas poſtulabat, ne locupletior fieret filiusfamilias cum iactura creditoris. Sed in pœna ſeveritate, non benignitate eſt opus. Præſertim in cauſſa huius ſenatuſconſulti, ut compeſcatur avaritia & improbitas fœneratorum.

VI. Actione ex hoc ſenatuſconſulto adempta, proximum eſt, & ex quinque propoſitis tertium, ut quæratur, quibus denegetur hæc actio, qui iidem exceptione ſenatuſconſulti Macedoniani ſummoveantur. Hoc autem obſcurius fecerunt verba ſenatuſconſulti. Quo maiore cautione indiget. Nam ſenatuſconſultum nominatim denegat actionem tantum ei, qui *pecuniam mutuam dediſſet*. Quibus verbis ſi proprie & naturaliter loqui volumus, non alii denegatur actio, quam creditori, qui pecuniam numeravit. Hunc enim ſolum vere dediſſe, verum eſt. Sed longe aliter veteres hoc ſunt interpretati. De quorum ſententia generaliter ita definiendum eſt, pecunia filiofamilias mutuo data, denegari actionem ex ea cauſſa omnibus, quibus competeret actio, ſi ſenatuſconſultum non obſtaret. In hoc numero hi ſunt; creditor, qui pecuniam mutuam dedit; creditoris heredes: item alius, qui ſibi pecuniam reddi ſtipulatus eſt, cum alius pecuniam dediſſet, ut ſic efficiantur duo rei credendi; item cum duo eamdem pecuniam mutuam ſtipulati ſunt a filiofamilias ut efficerentur duo rei ſtipulanti. His omnibus placet ex hoc ſenatuſconſulto actionem denegari; & quod idem valet, placet omnes ſummoveri exceptione ſenatuſconſulti Macedoniani *L. item*, *§. non ſolum*, *D. eod.* Et quidem duos reos credendi, ſtipulandive ex hac cauſſa ita, ut ſi uni denegetur actio, quia ſciverit filiumfamilias eſſe, cui pecunia credebatur, etiam denegetur alteri, quanvis ignorarit eum eſſe in patris poteſtate, atque ita unius ſcientia etiam ignoranti noceat. *d. L. non ſolum*. Quod quale ſit, quia iniquum videri poteſt, dicemus poſtea, ubi agemus de iuſto errore creditoris, propter quem ſenatuſconſultum ceſſat. Quod fiet in exceptionibus ſenatuſconſulti. Nunc illud in ſumma tenendum erit, quod de hac parte definivimus, ſupra ſcriptis omnibus perſonis, quibus pecuniæ filiofamilias creditæ nomine actio alioqui eſſe potuit, eam omnem hoc ſenatuſconſulto denegari.

VII. Sed hoc loco opponuntur nobis & veteribus verba ſenatuſconſulti: hæc nominatim denegant actionem tantum ei, qui mutuam pecuniam dediſſet. At heres creditoris pecuniam non dedit. Et cum ex duobus reis credendi ſtipulandive unus pecuniam numeravit, alter non numeravit, perſpicuum eſt, eum qui non numeravit, pecuniam non dediſſe. Quod ſi ita eſt, his actionem non denegari iure, eoque & his iure dandam eſſe fatendum eſt. Stare enim oportet illud, quod iure non adimitur, id cuivis conceſſum videri. *L. qui teſtamento*, *§. mulier*, *D. qui teſt. fac. poſ.* *L. 1.*

§. 1. *D. de teſtib.* Sed bene hic quoque veteres, nec præter verbi ſignificationem. Dandi enim ſignificatio duplex eſt; naturalis, & civilis. Naturalis, cum naturaliter, & re ipſa pecunia numeratur. Hoc modo ſolus creditor, a quo pecunia profecta eſt, recte dicitur pecuniam dediſſe. Qua ſignificatione & proprietate verbi non continentur reliqui, quos dixi. Eſt & altera civilis, cum is, qui naturaliter non numeravit, iuris tamen interpretatione & ratione perinde habetur, quaſi dediſſet. Hac ſignificatione verbis ſenatuſconſulti & heredes continentur, & eiuſdem pecuniæ rei credendi, ſtipulandive. Heres ideo recte dicitur pecuniam videri dediſſe, quia defunctus, cui ſucceſſit, dedit. Heres enim iure eadem perſona exiſtimatur eſſe cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præf.* circa medium. Ex duobus reis ſi unus pecuniam numeravit, ambo numeraſſe ideo videntur, quia in horum obligatione una res verſatur, & una obligatio, non duæ, §. 1. *Inſt. de duob. reis.* Atque hanc ſignificationem ut potius accipiamus, ſenatuſconſulti ſententia exigit. Apparet enim ideo hic ſenatuſconſulto denegari actionem, ne ſit, cur filiusfamilias velit exſpectare & optare mortem patris propter æs alienum, quo ex mutuis pecuniis ſæpe oneratur. Indicant illa verba extrema, *exſpectata patris morte.* Et expreſſum eſt in §. *pen. Inſtit. quod cum eo.* Iam vero filius propter æs alienum ne exſpectet mortem patris, neve inſidietur vitæ eius, ita fiet, non ſi uni alicui non tenebitur mutui nomine, ſed ſi nulli.

VIII. Quartum ſequitur, ut videamus, in quos denegetur actio ſuperior: &, quod idem eſt, quibus adverſus hanc actionem detur ſenatuſconſulti Macedoniani exceptio. De eo nihil expreſſum eſt ſenatuſconſulto; ſed ex eo ipſo quod generaliter denegatur actio, nec adiicitur, in quem; quale id ſit, utrumque intelligitur: non plane tamen. Sic enim de eo ſcribunt veteres circa hoc ſenatuſconſultum, ut non ſit perpetuum. Sed nec eorum tractatio in hac parte ſatis eſt expoſita Quo maiore attentione hæc quoque pars indiget. Sic autem definiendum eſt: in quos actio daretur ex cauſſa huius mutui, ſi mutuum conſtitiſſet, non vetante ſenatuſconſulto Macedoniano; adverſus eos omnes denegari actionem ex hoc ſenatuſconſulto, exceptis interdum huius obligationis acceſſionibus. Competeret actio ex hac cauſſa adverſum filiumfamilias, quem placet ex omnibus cauſſis, ſi nihil aliud impediat, tanquam patremfamilias conveniri poſſe. *L. filiusfamilias. D. de obl. & act.* Competeret adverſus patrem de peculio. *L. ſi quis cum filiofam* 44. *D. de pecul.* §. *actiones autem, Inſtit. de act.* Et ut ſunt actiones rei perſecutoriæ, competeret adverſus heredes filii, ſi quidem heredes haberet, quod maxime fieret, ſi paterfamilias deceſſiſſet, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. action.* Competeret præterea & adverſus acceſſiones omnes eius principalis obligationis; ut fideiuſſores filii; ut mandatores, qui mandaſſent creditori, ut pecuniam crederet filiofamilias; ut reos pecuniæ conſtitutæ, qui ſcilicet conſtituiſſent ſe ſoluturos, quod filiofamilias mutuum datum erat. Adde & pignorum poſſeſſores, ſi quis forte alius nomine filiifamilias pignus dediſſet, ex quo eſſet de pignore hypothecaria in rem actio. De his, inquam, ita placuit. Tribus his tanquam principalibus reis exceptio Macedoniani competit; filiofamilias cui pecunia credita eſt; parenti eius, & ſucceſſoribus filii, ſi paterfamilias deceſſerit. *L. item* §. *quanquam, L. ſed ſi pater,* §. *non ſolum D. eod. tit.* Acceſſionibus autem, ut fideiuſſoribus, mandatoribus, conſtitutæ pecuniæ reis, pignorum poſſeſſoribus, datur & ipſis eadem exceptio; ſed hac conditione, ſi conventi regreſſum habeant adverſus principales reos. *d. L. ſed ſi pater,* §. *non ſolum,* ut accidit in fideiuſſoribus, & ſimilibus interventoribus, qui non donandi animo pro filiofamilias in pecunia ei credita ſe aut res ſuas obligarunt. Eſt enim his adverſus filiumfamilias actio negotiorum geſtorum. *L. quod dictum, D. de pact. L. ex mandato,* §. 1. *D. mand* Quod ſi acceſſiones nullum regreſſum habituræ ſint adverſus filiumfamilias, cum pecuniam ei creditam ſolverint, placet eos utiliter conveniri, nec habere ſenatuſconſulti exceptionem. *d. L. ſed ſi pater,* §. *non ſolum, de ſenat. Maced.* quod & in ſimilibus exceptionibus reorum ſimiliter receptum eſt. *d. L. quod dictum, de pact.* Hinc duo genera eorum, in quos de pecunia filiofamilias credita datur actio, ut in acceſſiones eius obligationis: cum tamen in filiumfamilias non detur. Primum ſuperiores omnes acceſſiones, cum donandi animo intervenerint. *d. L. ſed ſi,* §. *non ſolum, de Mac. d. L. quod dictum, de pact.* Tum dominus mercis, cum filiumfamilias extraneum præpoſuit merci ſuæ, atque hic deinde in ea adminiſtratione pecuniam mutuam accepit. In qua ſpecie ipſum quidem inſtitorem; quia filiusfamilias fuit,

exce-

exceptione ſenatuſconſulti uſurum conſtat, ſi conveniatur. Cæterum adverſus eum qui præpoſuiſſet, inſtitoriam actionem ſine exceptione dari placuit, etſi hic conveniatur ex facto filii. *L. item*, §. *interdum*, *D. de ſen. Mac.* non alia de cauſſa quam quod dominus mercis nullum regreſſum habet adverſus filiumfamilias inſtitorem eius pecuniæ nomine, quia in rem eius verſa eſt.

IX. Sed oritur hoc loco duplex dubitatio. Una ex verbis ſenatuſconſulti, in qua quæritur, quam recte conveniat ſenatuſconſulti verbis ſuperior ſententia. Nam ſenatuſconſultum generaliter vetat huius pecuniæ nomine actionem dari. In quos agatur, denegeturve hæc actio, ſenatus non adiicit. Proinde hæc collectio recta eſt, eademque veteribus ubique uſurpata, ideo adverſus omnes denegandam eſſe actionem hoc nomine. Hæc collectio eſt eiuſdem auctoris Ulpiani in ſimilibus rationibus, in *L. item veniunt*, §. *petitam*, ver. *a quo*, *D. de her. pet.* *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. cau.* Caii in *L. de pretio*, *D. de publ. act.* Quamquam igitur de exceptione pacti cum reo interpoſiti ita ſcriptum eſt in *d. L. quod dictum*, *D. de pact.* quod dictum eſt hanc fideiuſſori quoque competere, propter rei perſonam placuiſſe, ne is poſtea a fideiuſſore conveniatur; ideo ſi fideiuſſori adverſus reum actio nulla ſit, forte ſi donandi animo fideiuſſerit, non prodeſſe ei exceptionem: tamen non continuo in exceptione Macedoniani idem licet dicere. Satis enim conſtat, cum creditor paciſcitur cum reo, ne petatur, eum conſultum velle reo, cum quo paciſcitur, non etiam alteri, cui per liberam perſonam acquiri nihil poteſt. Ut non ſit mirum, ſi fideiuſſore convento, nihil ea res nocitura ſit reo, ne pacti quidem defenſionem ad fideiuſſorem pertinere. At in Macedoniani exceptione contra eſt; quæ verbis ſenatuſconſulti non filiifamilias tantum cauſſa comparata eſt, ſed generaliter omnium, adverſus quos de pecunia filiofamilias credita agitur. In totum enim ſenatus actionem eo nomine dari vetat. Atque hinc dubitatio. Verumtamen & in ſenatuſconſulti Macedoniani exceptione idem recte dicitur, quod in cæteris. Senatuſconſulti enim verbis videtur denegari actio adverſus omnes, quia denegatur ſimpliciter. Sed eius ſententia manifeſta eſt, eo non id agi, ut ne detur actio in omnes, ſed ne in filiumfamilias, & in parentem, qui eum habet in poteſtate. Quippe his duobus tantum conſultum voluit. Parenti primum, ut ab hoc removeret inſidias, quæ ex ære alieno filii naſci poterant. Deinde propter patrem filiofamilias, ne ære alieno oneratus impelleretur aliquando ad ſtruendas eas inſidias. Id & ante oſtendimus, & ex verbis ſenatuſconſulti ſatis patet, eſtque diſerte in §. *pen. Inſt. quod cum eo*. Sic autem his ſolis conſulitur, ſi in eos ſolum denegetur actio, itemque in eorum heredes, quando hi in deceſſorum locum & ius ſuccedunt. Sed & in eos, qui conventi adverſus ſuperiores regreſſum habeant, ut in eos qui non habeant, ad ſuperiorum utilitatem nihil pertinet. Quapropter eſt ex hac ſententia, in priores illos omnes actionem denegari ſenatuſconſulto; in hos poſteriores, quanvis teneantur ex eadem cauſſa, non denegari: ſimiliter ut fit in cæteris exceptionibus.

X. Altera dubitatio oritur circa fideiuſſorem filiifamilias adhibitum in pecunia credita, idque ex genere fideiuſſoriæ obligationis. Nam cum dicimus filiumfamilias ex pecunia mutua non teneri, & tamen fideiuſſorem eius pecuniæ acceptum teneri utiliter excluſa omni exceptione, ſi donandi animo fideiuſſerit; hoc dicere videmur fideiuſſorem in hac cauſſa utiliter adhiberi poſſe, etiam tunc cum filiusfamillas non obligatur. Hoc vero conditio obligationis fideiuſſoriæ non admittit. Eſt enim obligatio acceſſoria, quæ nulla eſſe poteſt, ubi nulla eſt præcedens obligatio, cui accedat. §. *fideiuſſores*, *Inſt. de fid.* Sed in promptu reſponſio eſt. Nam fideiuſſor omni obligationi accedere poteſt non tantum civili, ſed etiam naturali. *L.* 1. *L. fideiuſſor obligari*, §. *fideiuſſor*, *D. de fid.* §. 1. *Inſt. eod.* In ſpecie autem mutui propoſita eiuſmodi quædam obligatio eſt filiifamilias. Non obligatur filiusfamilias ex pecunia credita civiliter. Apparet ex ſenatuſconſulto, quod denegat eius rei nomine actionem. Sed obligatur ex ea cauſſa naturaliter. Idque ex eodem ſenatuſconſulto intelligitur: quod tale eſt, ut non deneget actionem adverſus filiumfamilias, quia is non obligetur, ſed quia cum obligetur, tamen placeat eum actione liberare in odium & ob pœnam creditorum. *L. ſed ſi pater*, in fin. & *L. quia*, ſequen. *D. hoc tit.* Recte igitur huic obligationi fideiuſſor acceſſerit, ut ſi ex perſona & commodo filii exceptionem non habeat, nihilominus iure ſolus teneatur. Eadem res facit, ut non tantum initio cum filiusfamilias pecuniam accipit, utiliter fideiuſſor adhiberi poſſit; ſed etiam poſtea quandoque, conſtante videlicet eadem illa na-

tura-

Digitized by Google

turali obligatione. Sed hoc ita eſt, dum fideiuſſor interveniat vivo filiofamilias. Quod ſi mortuo eo creditor eius pecuniæ nomine fideiuſſorem acceperit, obligatio fideiuſſoria nulla eſt: quia nulla principalis, civilis aut naturalis ſupereſt, cui fideiuſſor accedat. Hoc in *L. creditorem*, antepen. *D. eod.* Nullam hic eſſe civilem obligationem mortuo filiofamilias conſtat. Nam nec vivus teneretur civiliter, ut ante diximus. Sed nec mortuo eo naturalis eius obligatio ulla ſupereſt ideo, quia nulla omnino intelligi poteſt obligatio, ubi nemo eſt, qui obligetur. Hoc autem contingit filiofamilias mortuo. Non enim obligatur ipſe, qui in rerum natura eſſe deſiit. Non heres eius, quia heredem non habet. Filii enim familias pagani, & militis inteſtati bona omnia etiam caſtrenſia, non quaſi hereditas, ſed quaſi peculium, id eſt paterna poteſtatis iure patri deferuntur. *L. 2. D. de caſtr. pec.* Quod tamen ita temperatum eſt *Novella Iuſtiniani de hered. ab inteſt. veni.* §. 1. niſi filiusfamilias deceſſerit, relictis liberis, & is propria aliqua bona habuerit ex conſtitutionibus, ut caſtrenſia, & adventicia. In quæ Iuſtinianus eos liberos ſuccedere voluit. Quod ſi acciderit, tum etiam mortuo patrefamilias cui pecunia credita fuerat, creditor in eam cauſſam utiliter ex ſuperiore iure fideiuſſorem acceperit.

XI. Reliquum eſt, videamus, quandiu denegatur in hac cauſſa actio ex ſenatuſconſulto; ſeu quandiu adverſus eam actionem competat exceptio ſenatuſconſulti, perpetuone, an ad tempus. Et cum exceptio Macedoniani ſit peremptoria, actionem perimens videlicet, non differens; conſequens eſt eam ſimiliter ut reliquas peremptorias, eſſe perpetuam. §. *appellantur*, *Inſtit. de except.* & talis eſſe dicitur in *L. qui exceptionem*, *D. de cond. indeb.* Nullam hoc dubitationem habet, quandiu filiusfamilias eadem conditione eſt, ideſt quandiu in poteſtate parentis manet. Apparet enim ex ſenatuſconſulto auxilium tribui filiisfamilias. Sed ex eadem re potuit dubitari, an perſeveret exceptio, ſi filius ſui iuris eſſe cœperit, & paterfamilias conveniatur, aut agatur adverſus patrem de peculio. Videri enim poteſt auxilium tribui filiofamilias hoc ipſo, quod eſt filiusfamilias. Quod ſi eſt: cum filiuſfamilias eſſe deſierit, deſinet quoque ratio auxilii, atque una auxilium: ut quæ cauſſa locum fecerat ſenatuſconſulto, eadem ſublata ſenatuſconſulti auxilio finem adferat. *L. in omnibus cauſſis id obſervatur*, *D. de reg. iur.* Et ne hoc cuiquam ita videatur, proviſum eſt ſenatuſconſulto. De cuius ſententia ideo adverſus hanc dubitationem diligenter monemur a veteribus, exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani ita perpetuo competere, ut quanvis filiofamilias ſui iuris facto, nihilominus eadem exceptio perſeveret, atque ita nec detur actio adverſus filium quanvis emancipatum, aut alio modo ſui iuris factum, nec adverſus patrem de peculio, tametſi liberos in poteſtate habere deſierit. Quod diligenter comprehenſum eſt in *d. §. pen. Inſt. quod cum eo.* Efficitur hoc ipſis verbis ſenatuſconſulti. Sic enim extrema verba ſunt: *ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen, exſpectata patris morte, fieri.* Nomen, ideſt debitum. *L. qui chirographum*, *D. de legat.* 3. idoneum, ideſt utile, & in quo ſatis ſit ad exigendum. *L. tutor ſive*, 35. *L. cum poſt.* in princ. *D. de adminiſt. tut.* Ita his verbis ſenatuſconſultum vetat etiam poſt mortem patris hoc debitum pecuniæ filiofamilias creditæ exigi vel a filiofamilias, vel a patre. Atqui morte patris, cuius in poteſtate erat filiusfamilias, conſtat filium ſui iuris effici. *Inſt. quib. mod. ius patr. pot. ſolv.* in pr. Hinc intellectum eſt, quocumque alio modo filius de poteſtate patris exierit, puta emancipatione, vel damnatione patris, vel alio modo; ſi tum ex cauſſa huius mutui agatur, ſimiliter exceptioni ſenatuſconſulti locum fore. *d. §. pen. quod cum eo. L. item*, §. *ſed etſi patri*, *D. hoc tit.* Nam ſi tunc non tenetur filius, cum ita ſui iuris factus eſt, ut nec patrem habeat: multo magis intelligendum fuit eum non teneri, ſi ſui iuris eſſe cœperit patre adhuc vivo: ubi patris perſona videri potuit filio ad defenſionem patrocinari. Quod ſi recipimus, multo magis probandum fuit ex ſenatuſconſulto exceptionem durare, ſi filiusfamilias pecunia mutua accepta exierit quidem de poteſtate patris, ſed tranſlatus in alienam. *L. item*, §. *mutui*, verſ. *ſi filius*, *D. hoc tit.* Quod fit, cum pater filium, quem in poteſtate habet, avo vel proavo naturali in adoptionem dedit. §. *pen. Inſt. de adopt.* Neque vero hæc repugnant propoſito ſenatuſconſulti, quaſi filio patrefamilias facto, ceſſet cauſſa propter quam filiofamilias antea exceptio dabatur. Non enim hæc cauſſa dandæ exceptionis fuit, quia eſſet filiusfamilias; ſed quia data eſt ei mutua pecunia, cum eſſet filiusfamilias. Quæ cauſſa cum præceſſit, perpetuam eſſe neceſſe eſt, & manente filio in poteſtate, & eo ſui iuris facto.

Nam

Nam si facta infecta fieri non poſſunt: non poteſt ullo eventu fieri, quin quæ ſemel pecunia mutua data eſt, ſemper verum ſit ita datam eſſe. *L. in bello*, *§. facti*. *D. de poſtl. reverſ.*

XII. Illud præcipue ad perpetuitatem huius exceptionis pertinet, ius in ea, itemque in exceptione Velleiani ſingulari præter cæteras, quod cum cæteræ peremptoriæ exceptiones ita ſint perpetuæ, ut tamen opponi ſolum poſſint uſque ad ſententiam; poſt rem autem iudicatam, a qua appellatum non ſit, non poſſint: *L. peremptorias, C. de ſent. reſc. non poſ.* hoc in his duabus exceptionibus contra receptum eſt, ut perpetuo poſſint opponi, & ante rem iudicatam, & poſt rem iudicatam in exſecutione iudicati, dummodo in exceptione Macedoniani res acta ſit iudicio cum filiofamilias, non autem cum eo, qui iam ſui iuris factus eſſet. Hæc ſententia notatu digna eſt, quæ extat in *L. tamen*. *D. hoc tit.* Finge hoc modo: filiusfamilias mutua pecunia accepta conventus eſt iudicio a creditore, ut omnes filiosfamilias tanquam patresfamilias conveniri poſſe iam diximus. *d. L. filiusfamilias*, *D. de obl. & act.* Conventus, ſive conſulto, ſive per imperitiam iuris omiſit exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani, & ita condemnatus eſt, nec appellavit intra tempora conſtituta. Si conveniatur poſtea in exſecutione actione iudicati, recte nihilominus utetur exceptione ſenatuſconſulti; qua inhibebit exſecutionem. Quod ſi idem iudicium inſtitutum eſſet cum eo iam emancipato, & omiſſa exceptione condemnatus eſſet, nec provocaſſet: non idem ei tribueremus, quia emancipatus exceptioni renuntiare potuit, ut dicetur poſtea in exceptionibus. Et hæc ſententia eſt *d. L. tamen hic*. Sed obiicitur *d. L. peremptorias. C. ſent. reſc. non poſ.* ubi generaliter traditur, iudicatum a quo appellatum non ſit, exceptione peremptoria reſcindi non poſſe; quia non niſi uſque ad ſententiam huiuſmodi exceptiones opponi poſſint. Dicendum eſt, hoc ita accipi debere ex perpetuo uſu iuris, niſi appareat in aliquibus exceptionibus ita iure comparatum eſſe, ut etiam poſt rem iudicatam opponi poſſint. Semper enim illud tenendum eſt, quod regula iuris traditur, *in toto iure generi per ſpeciem derogari:* id eſt generalibus conſtitutionibus per ſpeciales in ſpecialibus cauſſis exceptis. *L. in toto iure*, *D. de regul. iur.* Iam vero ex omnibus peremptoriis exceptionibus intelligimus in hac perpetuitate exceptas eſſe duas has exceptiones Macedoniani, & Velleiani, quas placet etiam poſt rem iudicatam nec appellatione ſuſpenſam utiliter obiici poſſe. Id ita intelligimus ex ſenatuſconſulto Macedoniano & Velleiano, quod utriuſque ſenatuſconſulti ſententia efficitur neque filiumfamilias, quandiu filiusfamilias eſt, aperte multoque minus ſilentio & diſſimulatione ſua exceptioni Macedoniani ſenatuſconſulti [3] renuntiare poſſe, neque mulierem exceptioni Velleiani. Exceptionem Macedoniani conſtat non eſſe comparatam filiifamilias cauſſa, ſed in odium creditorum, ut denegata his actione adverſus eum, qui alioqui obligatus erat, hac pœna afficiantur. *d. L. ſed ſi pater*, in fin. *D. hoc tit. L. qui exceptionem*. *D. de cond. ind.* At non puniretur creditor ſi liceret filiofamilias omiſſa per diſſimulationem exceptione ſeſe neceſſitati ſolvendi ex ſententia ſubiicere. Et certe facile filiifamilias vel corrumpi, vel induci poſſent a creditoribus, ut iſto modo exceptionem ſibi abire, ſeque condemnari ſinerent, quo illis deinde uti poſſent facilioribus ad novas pecunias credendas. Ut proponitur nobis factum eſſe in cauſſa non diſſimili adoloſcentum apud Terentium in Phormione. Quod attinet ad exceptionem Velleiani, ſatis oſtendit ſenatuſconſultum, mulierem ei renuntiare non poſſe, quia ſenatuſconſultum vetat mulierem intercedere. Renuntiando autem exceptioni magis intercedit. Sed de eo dicetur amplius in ſenatuſconſulto Velleiano. Unus locus in hanc ſententiam nunc ſufficiet. *L. ſi mulier*. 2. *C. ad ſen. Vell.*

CAP.

3) Et quia reſpicit publicam utilitatem. Alias occaſio delictorum naſceretur, & quod recta via prohibitum, ad id obliqua pervenire liceret. Quæ ſententia communis Fachin. 2. *Contr.* 61. Zanger. *de Except.* *P.* 3. C. 10. *cir. fi.* Setſer *Lib.* 1. *de Iuram.* C. 13. *n.* 7. Andr. Clud. *de Condict.* C. 3. *n.* 45. *& ſeq.* P. Buſius *ad L.* 1. *h. t.* *n.* 2. Diſſ. eo refer. Zaſ. 2. *ſing. Reſp.* 28.

C A P. XXVI.

Quibus in cauſſis ſenatuſconſulto Macedoniano ex ſententia ipſius ſenatuſconſulti locus non ſit; ſed ſit utilis creditori de pecunia filiofamilias credita actio: quæ totidem ſunt ſenatuſconſulti exceptiones. Ac primum quæ hic ſint exceptiones ex perſona creditoris.

Tranſitio, & diviſionis ſuperioris continuatio. I.
Exceptiones SC. contrariæ tres. Hæ aut ex creditoris, aut patris, aut filii perſona ducuntur. II.
Ex creditoris perſona iuſtus facti error; & quomodo. III.
Iuſti erroris cauſſa aut ex creditoris ætate; & quatenus. IV.
Aut ex vulgata de conditione filiifamilias opinione, aut etiam ex eiuſdem mendacio. V.
Mendacium iuſta erroris cauſſa, ſi nec ſcivit, nec ſcire potuit eſſe filiumfamilias cui credidit. VI.
Quot modis & quibus ſcire potuit. VII.
An unius ex duobus credendi, aut ſtipulandi reis ignorantia alteri noceat, & quomodo. VIII.
Et cur unius ex duobus filiisfamilias debendi reis obligatio aut liberatio alteri nec proſit, nec noceat. IX.
Quæ horum obligationis a ſuperiorum obligatione differentia. X.

I. ET hoc quidem Ius eſt ſine exceptione de pecunia filiofamilias credita, ſi verba tantum ſenatusconſulti ſequimur. Sed complures ſunt cauſſæ interpretatione receptæ a veteribus, in quibus mens ſenatuſconſulti ceſſat. Unde & in his ſenatuſconſultum a veteribus ceſſare dicitur. In quibus totidem ſunt ſenatuſconſulti Macedoniani velut exceptiones, quæ dent creditori de pecunia filiofamilias credita actionem, non tantum adverſus cæteros, ſed etiam adverſus eum, qui accepit. Cauſſæ ſummatim & velut per indicem comprehenſæ in *L.* 1. & *L.* 2. *C. eod. tit.* quæ non ita expoſitæ paulo fuſiorem, & certiorem explicationem deſiderant.

II. Et ut res tota ſit planior, ſic commode, videntur ex ſuis generibus dividi poſſe, ut ad tria referantur. Ducuntur enim partim ex perſona creditoris, partim ex perſona patris, partim ex perſona filii cui pecunia data eſt.

III. Ex perſona creditoris ceſſat ſenatuſconſultum, & utilis eſt actio de pecunia credita, ſi creditor iuſto errore facti deceptus putans eſſe patremfamilias, qui erat filiusfamilias; tanquam patrifamilias pecuniam credidit. *L.* 3. in pr. *D. eod.* Sumptum ex ſenatuſconſulti ſententia. Animadvertere enim licet ſenatuſconſulto denegari actionem in creditores non ſimpliciter, ſed hac de cauſſa, quod mutuum dando filiisfamilias, materiam præberent malis moribus, quod iidem peſſimo exemplo fœnerarent. Proinde hac de cauſſa, quid deliquiſſent. Unde denegatæ actionis pœna. Unde & exceptio in eam rem in odium & ob pœnam creditorum comparata eſſe dicitur. *d. L. qui exceptionem, D. de cond. ind. d. L. ſed ſi pater,* in ſi. *de hoc tit.* Nulla autem pœna ſine delicto: cum pœna nihil aliud ſit, quam delicti coercitio. *L. aliud eſt fraus, D. de reg. iur.* Atqui nullum delictum eſt, nullius diſciplinæ publicæ contemptus in eo, qui iuſto errore falſus putavit ſe patrifamilias credere; ſi filiumfamilias ſciſſet, non crediturus. Unde promptum fuit intelligere eſſe contra mentem ſenatuſconſulti, in eum qui iſto errore credidiſſet, actionem denegari: denique ad illum creditorem pœnam ſenatuſconſulti non pertinere. Neque enim ibi pœnæ legitimæ locus eſt, ubi nullum eſt delictum, quod lex coerceat. Sic & in conductione militis, cui lex quidquam locari vetat, & ſi contra factum ſit, denegat locatori omnem actionem; placuit legem ad eum non pertinere, qui ignorans militi quaſi pagano locaverit: eadem iſta ratione videlicet, quia non contemneret diſciplinam, ideſt nihil delinqueret dignum pœna legis, qui militem ignoraſſet. *L. ſi ignorans, D. loc.*

IV. Sed iuſtum errorem in creditore filiofamilias mutuum dante exigimus. Iuſtus hic error aut ex ætate creditoris æſtimatur, aut ex cauſſa extrinſecus incidente. Ætas creditoris ſola hunc obiicere putatur, ſi is minor ſit 25. annis, qui filiofamilias credidit. Huic quidem minori non denegari actionem placet, quaſi nec videatur filiofamilias credidiſſe. *L.* 3. in pr. illic,

illic, *proinde*. *D. hoc tit. L. regula.* in pr. *D. de iur. & fact. ignor. L. verum, §. ult. D. de minor.* ſed non alia de cauſſa, quam quod non videatur minor ſcire potuiſſe, an filiusfamilias ſit, cui credidit, ut Ulpianus ſcribit in *d. L.* 3. in pr. verſ. *proinde*. Sed quod hic minori tribuitur, idem Ulpianus ibidem admonet ut minori tribui cauſſa cognita, & in eo ei a prætore ſuccurri: in quo intelligere debemus ſuccurri per in integrum reſtitutionem. Quod & idem expreſſit in *d. L. verum, §. ul. D. de min.* Quod eo ſpectat, ut intelligamus hanc reſtitutionem poſt 25 annum competere tantum intra quatuor annos, tempus omnibus reſtitutionibus in integrum præſtitutum. *L. ult. C. de temp. in integ. reſt.* Ideo poſt id tempus omnem repetitionem creditori illi denegari.

V. Cauſſæ extrinſecus intervenientes duæ etiam in maiore 25 annis iuſtum hunc errorem, & hæ per ſe ſingulæ faciunt: vulgata opinio de conditione filiifamilias; & huius ipſius mendacium de conditione ſua mentientis. Vulgata opinio de conditione filiifamilias iuſtum errorem præbet creditori, ſi publice ſui iuris videbatur plerisque, *L.* 2. *C. hoc tit.* idque non vano rumore, ſed opinione ex eius actionibus nata, in quibus ſe palam pro patrefamilias gerebat; puta ſic agebat iudicio, ſic contrahebat, ſic muneribus publicis fungebatur. In omnibus ſcilicet ſe patremfamilias, & ut lingua vernacula loquimur, ſuis iuribus utentem prædicans, nemine refragante. Hæc ſententia. *d. L.* 3. in pr. *D. eod.* Mendacium filiifamilias ſe eſſe patremfamilias affirmantis idem tribuit creditori. *L.* 1. *C. eod.* ut & alias receptum eſt, iure unicuique mendacium ſuum nocere. *L.* 4. *L. eum qui*, *D. quod cum eo*, *L. ult. D. de rei vind.*

VI. Non eſt tamen ſatis hoc mendacium filii ad excuſationem creditoris, niſi hoc acceſſerit, ut is affirmationi filiifamilias iuſta ratione crederet, & doceat ſe crediriſſe. Hoc enim nominatim adiicitur in *d. L.* 1. *C. eod.* Iuſta ratione crediriſſe intelligitur creditor, ſi neque ſcivit aliunde, neque ſcire potuit filiumfamilias eſſe eum, cui credebat. Quod ſi aut ſcivit, aut ſcire potuit, ſenatuſconſulto locus eſt. *L. pen. D. eod.* Si ſcivit, nulla dubitatio, quin mendacium filii nihil ei proſit. Non enim decipitur alieno mendacio, ſed a ſeipſo, qui ſcit falſum eſſe, quod dicitur. *L. nam ſi actor*, *D. de rei vind.* Et qui ſcivit filiumfamilias eſſe eum cui credebat, non debuit exſpectare, ut de eo certior fieret. *L.* 1. in fi. *D. de act. empt.* Sed etſi creditor ſcire potuit, idem probandum eſt. Non enim debent eſſe melioris conditionis ſtulti, quam periti. *L.* 4. *D. quod vi, aut clam.*

VII. Tribus autem modis fieri poteſt, ut creditor ſcire potuerit: quos ſi in inquirendo omiſit, ſenatuſconſulto tenetur, quanvis neſciverit certo eſſe filiumfamilias eum, cum quo contrahebat. Primum ſi ſcivit filium illum habere patrem in eadem civitate; debuit patrem adire prius, & quærere, num filius eſſet in eius poteſtate, necne. Id quod a patre facile cognoſcere potuit. Si filius ibi patrem non habuit, ſed habuit cognatos, quos ibi eſſe non ignoraret creditor; proximum fuit, ut illos adiret, & eos de conditione cognati conſuleret. Non enim veriſimile eſt eos ignorare, quo iure eſſet cognatus. *arg. in L. pen.* in fin. *D. unde cogn.* Hæc ita facienda eſſe in re ſimili præcipitur in *L. hæc autem*, §. 1. *D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Quod ſi in eadem civitate nemo erit ex his, a quibus creditor de conditione filii recte cognoſcere potuerit: tertium eſt, ut interroget eum, cum quo contrahit, an patrem habeat, necne. Si reſpondet ſe habere: ſat's habet creditor, ut eum filiumfamilias exiſtimet, niſi is ſe certis modis dicat liberatum poteſtate. Sic enim ius eſt, ut qui procreati ſunt ex iuſtis nuptiis, ſi patrem ſolum habent, ſint in eius poteſtate, niſi iuſtis modis de poteſtate exierint. *L.* 3. *D. de his qui ſunt ſui vel al. iur. Inſt. de patr. pot.* in pr. & §. *ult.* Nec quidquam iuverit creditorem, ſi filius ſe patrem habere confeſſus, nihilominus ſe ſui iuris eſſe affirmet. Stulte enim hoc credidit, qui mutuum dabat, cum filii affirmationi repugnaret ratio iuris. Quod ſi ignorat creditor, in iure errat. Quem errorem conſtat nulli prodeſſe. *L.* 2. *L. regula*, in pr. *D. de iur. & fact. ignor.* Sequitur igitur, ut ſi filius ſe patris poteſtate ſolutum dicat, amplius creditor percunctari debeat, quo modo ſit ſolutus. Ex quo genere ſi unum aliquem iuſtum modum dixerit filius, puta emancipationem, aut damnationem patris: hic demum creditor affirmanti filio iuſta ratione credidit, ſi an ita ſe haberet, necne ignoravit. Hæc enim facti ignorantia eſt, quam ut iuſtam & probabilem conſtat ex diverſo nulli nocere. *L.* 2. *L. iuris*, *L. pen.* in pr. *D. de iur. & fact. ignor.* Atque hæc cum dicimus fieri debere ad iuſtum errorem creditoris, etiam dicimus debere ab eo probari, ut, ceſſante ſenatuſconſulto, utiliter experiatur. *d. L.* 1. *C. eod.* id au-

tem ex regula iuris perpetua, ei qui dicit, incumbere probationem. *L.* 2. *D. de probat.* Ex his apparet, quam periculoſe mutuum detur filiofamilias. Nam etiamſi creditor putet eum eſſe filiumfamilias; tamen nihil proficit, niſi probet ſuperiora, quibus iuſtus error in eo arguitur. Scimus autem, quam non præſtentur pleraque a creditoribus. Aut quam ſit omnium difficilis probatio. Itaque bene ita traditum eſt regula iuris hinc nata. *L. qui cum alio*, D. de reg. iur. *qui cum alio contrahit, vel eſt, vel eſſe debet non ignarus conditionis eius.* Cui ergo debet? quia ſi eſt ignarus, ex eo ſunt illa incommoda in pecunia filiofamilias credenda, quod propter ignorantiam mutuum dabit; ac niſi ſollicite eas probationes compararit, quas ante diximus, pecuniam amittet.

VIII. Sed quod dicitur, cum creditor putavit eum eſſe patremfamilias, cum quo contrahebat, ceſſare ſenatuſconſultum, & utilem eſſe actionem creditori; ſic accipiendum eſt, ſi creditor in ea pecunia ſit ſolus creditor, aut duo quidem rei credendi eiuſdem pecuniæ, ſed ambo pariter iuſta de cauſſa patremfamilias putent. Quod ſi eiuſdem pecuniæ duo rei credendi, ſtipulandive erunt, quorum unus ſciat eſſe filiumfamilias eum, cui pecunia credebatur; alter ignoret, ac putet eſſe patremfamilias quanvis iuſto errore: placet nihilominus in utroque locum habere ſenatuſconſultum, & filiumfamilias pariter utrumque exceptione ſenatuſconſulti ſummovere: ut unius creditoris ſcientia alteri reo credendi quanvis ignoranti noceat. Hoc Ulpianus in *L. item*, §. *non ſolum*, verſic. *ſed etſi*. *D. hoc tit.* de qua ſpecie nos hic dicturos ſupra monuimus. Et vero ſententia digna eſt animadverſione. Videtur enim manifeſtæ æquitati, & regulæ iuris adverſari, quæ extat in *L. iniquiſſimum*, D. de iur. & fact. ignor. *iniquiſſimum videri cuiquam ſcientiam alterius, quam ſuam nocere.* Sumptum ex regula generali naturæ. Neminem alterius facto lædi, aut onerari debere. Neminem alterius conditionem facere poſſe deteriorem. *L. de pupillo*, §. *ſi plurium*, *D. de op. nov. nunt.* *L. in cauſſæ*, *D. de proc.* *L. ſolvendæ*, *D. de negot. geſt.* Sed recte Ulpianus in ſpecie propoſita, & ex ipſiſſimis regulis iuris, quæ inter duos reos credendi obtinent. Nam quod dicitur unius ſcientiam alteri nocere non debere, tunc locum habet, cum nihil amplius eſt, quam ſcientia unius, quæ alteri noceat. Id vero naturalis ſimul & civilis ratio omnis repudiat, ex principiis ſupra ſcriptis. At hoc non ſit in propoſito. Nam cum unius ex duobus reis credendi ſcientia alteri reo credendi nocet ad liberationem debitoris, non tam alteri nocet ſcientia unius, quam nocet coniunctio obligationis. De obligatione duorum reorum credendi ſtipulandive iam ante diximus, in hac unam rem verſari, & unam obligationem. Hinc evenire, ut ſi debitor ab uno reo credendi liberatus ſit, pariter ab utroque liberetur. §. 1. *Inſt. de duob. reis*, *L.* 2. *D. eod.* Hic autem filiusfamilias debitor, quem unus ex reis credendi talem eſſe ſcivit, ſenatuſconſulto Macedoniano liberatur exceptione. Sic ſit conditione obligationis, ut in totum liberetur ab utroque, cum in utroque una hæc eſſet & eadem obligatio. Unde intelligitur, quod dixi, hanc liberationem filiifamilias adverſus alterum reum credendi ignorantem, ſi vere iudicare volumus, non contingere ex alterius rei credendi ſcientia; ſed ei qui ſciat eſſe filiumfamilias eum, cum quo contrahit, nocere ſcientiam ſuam, ut ſic ab eo prius liberetur filiusfamilias debitor. Ab hoc liberatum ſic deinde conſequi, ut propter coniunctionem obligationis liberetur quoque ab altero. Quod quidem illi propter liberationem priorem proprie contingit, non propter correi ſcientiam.

IX. Hinc quæſitum e converſo, ſi unus ſit creditor, & duo filiifamilias rei debendi eiuſdem pecuniæ creditæ, quorum unum creditor ſciat eſſe filiumfamilias, alterum putet eſſe patremfamilias: quæſitum, inquam, an quia is quem ſcit eſſe patremfamilias, ſi ſolus eſſet, non teneiur ex ſenatuſconſulto, ideo dicendum ſit etiam alterum non teneri propter eamdem coniunctionem obligationis, ut adverſus utrumque denegetur actio creditori. An vero contra quia is quem creditor putavit eſſe patremfamilias ſi ſolus ſit, tenetur ex ſententia ſenatuſconſulti, ut ante poſuimus, ideo dicendum ſit alterum quoque teneri propter eamdem obligationis coniunctionem. Et in ſumma an unius liberatio ſequenda ſit, quæ alterum quoque liberet: an vero eligenda unius obligatio, quæ alterum quoque oneret. Hæc eſt ſpecies, quam ſuperiori ſubiicit Ulpianus in *d. L. item*, §. *non ſolum*, verſ. *item ſi duos*, *D. eod.* habetque eam quæſtionem & quærendi occaſionem, quam dixi. De qua ille reſpondens conciſe fecit, ut minus res tota intelligeretur. De ea igitur ſic enucleatius habendum eſt. Multum intereſt in hac ſpecie

eie inter eum filiumſamilias ex his duobus, ad quem mutua pecunia pervenit, & eum ad quem non pervenit. De eo ad quem pecunia non pervenit, generaliter probandum eſt, hunc perpetuo teneri, nec ad eum pertinere auxilium ſenatuſconſulti, non tantum ſi creditor putaverit eum eſſe patremſamilias, ut iuſto errore excuſaretur; ſed etiam ſi ſciverit eſſe filiumſamilias. Nam ſenatuſconſultum vetat tantum mutuam pecuniam dari filiofamilias, ne accepta materiam malis moribus præbeat. Huic autem, quem proponimus, mutua pecunia data non eſt. Præterea reus eiuſdem pecuniæ mutuæ vice mutua fideiuſſor intelligitur. *L. reos*, in pr. *D. de duob. reis*. Porro ſenatuſconſulto Macedoniano non prohibetur filiusſamilias fideiubere pro alio mutuam pecuniam accipiente, dum ne id agatur, ut pecunia ad eum perveniat. *L. item*, in pr. *D. hoc tit*. Quod autem attinet ad eum, ad quem mutua pecunia pervenit, is demum eſt, qui ad ſenatuſconſulti auxilium pertinet. Huic enim verum eſt mutuam pecuniam datam eſſe, quod ſenatus vetat. Et in eo ſuperiore diſtinctione utemur, quæ nec alteri proſit, nec noceat. Ut ſi creditor ſcivit eum eſſe filiumfamilias, exceptione ſummoveatur: ſi putavit iuſta ratione eſſe patremſamilias, non ſummoveatur. Quæ diſtinctio eſt Ulpiani in *d. L. item*, *§. non ſolum*. Unde intelligimus, cum creditor putavit iſtum filiumfamilias poſteriorem eſſe patremſamilias, utrumque ex his duobus reis debendi teneri pariter creditori. Nam alterum ſemper teneri ante diximus. Quod ſi creditor ſcivit hunc poſteriorem ad quem pecunia mutua pervenit, eſſe filiumſamilias, iam hic eveniet, ut liberetur ipſe ſenatuſconſulti exceptione, alter autem filiusfamilias, idemque reus debendi teneatur, ſi verum eſt quod de eo diximus.

X. Hic vero nobis occurritur ex ſuperiore conditione obligationis duorum reorum. Ut enim cum debitor ab uno ex duobus reis credendi liberatus eſt, ſimul liberatur ab utroque: ſic vice verſa, cum unus ex duobus reis debendi liberatus eſt a creditore, ſimul etiam alter debendi reus liberatur, propter eamdem coniunctionem obligationis videlicet, quæ itidem in utriuſque rei debendi perſona una eſt, non duæ, *d. §. 1. Inſt. de duob. reis*, *d. L. 2. D. eod.* Sed quod dicitur, uno ex duobus reis debendi liberato, alterum liberari, hactenus verum eſt, niſi liberatio unius ſit perſonalis, aut ex ea cauſſa, quæ liberato ſoli conveniat, nec pertineat ad alterum. Quodcumque beneficium certa de cauſſa tribuitur, id tale eſt, ut in quibus ea cauſſa non eſt, beneficium quoque deficiat. *L. in omnibus cauſſis id obſervatur. D. de reg. iur.* Et in ſpecie duorum reorum debendi id ſignificatur in *L. idem. §. 1. D. de pact.* At hoc in propoſito inter iſtos duos filiosſamilias debendi reos accidit. Nam is ad quem mutua pecunia pervenit, liberatur exceptione ſenatuſconſulti: ſed nominatim hac de cauſſa, quia pecunia mutua illi data eſt. Hæc cauſſa ceſſat aperte in altero filioſamilias, cui mutua pecunia data non eſt. Quapropter abſurdum ſit dici eum ob eamdem cauſſam liberari. Summa eſt in hac exceptione, nunquam creditori, qui iuſto errore putavit eſſe patremſamilias eum, cui pecuniam credebat, denegari actionem ex ſenatuſconſulto: præterquam uno hoc caſu, ſi is errorem habeat credendi, ſtipulandive in ea pecunia credita, qui ſciverit eum, cui pecunia credebatur, eſſe filiumſamilias.

Digitized by Google

C A P. XXVII.

Ex perſona patris quæ ſint Macedoniani exceptiones. Inter cætera præcipue tractatum de pecunia filiofamilias ſtudiorum cauſſa abſenti credita.

Ex perſona patris exceptioues duæ; ambæ ex ſeuteutia S. Cti. & qnare. I.
Prior; ſi voluutate patris fuerit pecuuia filio credita. Tres id genus modi. II.
1. *Si pater mandaverit, & mandatum licet opportune revocatum ignoraverit creditor.* III.
2. *Si ſciverit pecuniam filio creditam, nec probibuerit. Quare patri uoceat ſileutium.* IV.
3. *Si quod cum filio geſtum pater ratnm habuit. Contrariis occurritur.* V. VI. VII.
Ratum habet pater quod cum filio geſtum non tantum verbis, ſed re & facto; & iterum ſilentio. VIII.
Qnomodo re, & facto. IX.
Quomodo rurſus ſilentio. X.
Patris ratihabitionem nou ſoli patri, ſed filio, aliiſque, qui huius accedunt obligatioui, uocere. XI.
Altera exceptio, ſi pecnnia filio credita effectu verſa in rem patris. Quid huic conſequens. XII.
In rem patris verſa pecunia intelligitur, ſi aut ex ea aliquid eſt patri quæſitum; aut ue quid patrimonio eius abeſſet, factum. XIII.
Ad prius genus pertinent quæſita per filium patri credita pecunia actio, aut liberatio. XIV.
Liberatio, ſi æs alienum ſolvat, quo pater obligatus erat. XV.
Actio ſimul & liberatio, ſi dotet ex illa pecunia ſororem. XVI.
Ad poſterius pecunia filio data abſenti ſtudiornm cauſſa. XVII.
Tria in abſeutia filii concurrere oportere. XVIII.
1. *Vt filius abſit ſtudiornm, aut alia probabili & boneſta de cauſſa.* XIX.
2. *Vt mutuam dans filio pecuniam probabilem modum uon exceſſerit. Ex quibus rebus modus probabilis dignoſcatur.* XX.
3. *Vt pecunia filio data abſenti boneſta de cauſſa, ſit effectu in rem patris verſa.* XXI.
Si abſentiæ cauſſa iu filio aut turpis; aut boneſta illa quidem, ſed patri non probata; ſive ſciens dederit, ſive ignarus creditor, modo invito patre, non repetit & quare. XXII. XXIV. XXV.
Niſi filio licet abſenti, invito patre pecuniam dederit creditor iu extrema eius inopia. XXIII.
Quid ſi non invito patre; abſenti filio dederit; ſed tamen avari patris modum exceſſerit. XXVI.
Quid ſi nec patris modum exceſſerit; ſed tamen cum acceptam a patre quantitatem prodegit filius, creditor dedit. Num hic an ſcieus, aut ignarus dederit, interſit. XXVII.
Quiſuam pater in utraque exceptione. XXVIII.

I. EX perſona patris duæ ſunt exceptiones ſummæ, in quibus ceſſat ſenatuſconſultum. Una, ſi voluntate patris mutua pecunia data ſit filiofamilias. Altera, ſi pecunia verſa ſit in rem patris. Utraque comprehenſa in *L. item*, §. *interdum*, verſ. *quauquam*, & deinceps. *D. hoc tit.* Sumptum horum quoque utrumque ex mente ſenatuſconſulti. Nam S. C. qua parte patrem reſpicit, apparet denegare actionem de pecunia filiofamilias credita potiſſimum cauſſa patris, atque adeo ſolum cauſſa patris. Certo indicio eſt, quod non vetat dari cuivis filio, ſed filiofamilias, ideſt ei ſoli, qui eſt in poteſtate patris. Quorſum? nempe ne filius in mutua pecunia accipienda aliter ſe gerat, quam velit pater, ne corrumpatur. Tum autem ne corruptus pecunia, quam in luxuriam conſumat, lædat patrem, & oneratus ære alieno inſidietur vitæ eius. Quod & diſerte ſcriptum eſt in §. *fen. Inſtit. quod cum eo.* & ſatis ſignificatur illis verbis extremis ſenatuſconſulti; *bonum nomen fieri non poſſe, exſpectata patris morte.* Atqui abeſt omnis hic metus, si quid eorum erit, quæ ſupra diximus. Non enim aliter ſe gerit filiusfamilias in mutua pecunia accipienda, quam velit pater, si eam accipit voluntate patris. Sed & conſentiens pater ſatis declarat non metuere in eo filii insidias. Aperte autem non lædit patrem filius, si pecunia verſa sit in rem patris.

Hinc,

Hinc, ut dixi, ex mente ſenatuſconſulti ſuperiores exceptiones.

II. Prior igitur hæc eſt, ceſſare ſenatuſconſultum, ideſt non denegari actionem de pecunia filiofamilias credita, ſi voluntate patris mutua data ſit. *L. 2. C. hoc tit. d. L. item, §. interdum,* verſ. *quanquam, D. eod.* Voluntate patris ita data accipitur tribus modis: ſi vel mandante iubenteve patre data ſit; vel ſciente tantum; vel rem ſine conſenſu eius geſtam ratum habente.

III. De mandante & iubente nulla dubitatio eſt, quin eius voluntate pecunia data ſit, qui iuſſit, aut mandavit, ſive iuſſit ut filius ſumeret, vel a certo, vel generaliter alicunde. Sive creditori mandavit, ut daret. *L. 1.* in princip. *D. quod iuſſu.* Quid tamen, si pater mandatum revocavit rebus adhuc integris? Et ſi ſcivit creditor, ſenatuſconſulto locus eſt. Potuit enim pater mandatum revocare, & verum eſt mandato revocato, mutuum non datum voluntate eius. *L. 1. §. 1. D. quod iuſſu.* Quod ſi ignoraverit creditor mutatam voluntatem, & dederit, ceſſabit ſenatuſconſultum: ut hic potius initium contractus ſpectemus. *L. ſi tantum,* in fin. *D. hoc tit.* ne ſcilicet iuſta ignorantia noceat creditori ob mandatum patris ad mutuum dandum inducto. Quod ſimiliter in omni mandato revocato generaliter probatum eſt. *§. recte, Inſtit. de mand.*

IV. Sed etſi tantum ſciente patre creditum ſit filio, dum pater ſcit, & patitur: tanquam voluntate eius pecunia data placet ceſſare ſenatuſconſultum. *L. ſi tantum, d. L. item, §. interdum,* illic, *num ſi ſcit. D. hoc tit.* Quod tamen in hac cauſſa receptum eſſe non abs re mirum videri poteſt. Certe pleræque ſententiæ veterum, & hæ iuris explorati refragari videntur. Primum quod traditur regula iuris, eum qui [1] tacet, non utique fateri. *L. qui tacet, D. de regul. iur.* Deinde quod in edicto de exercitoria & tributoria actione aperte voluntas a nuda ſcientia diſtinguitur. *L. 1. §. licet,* illic, *in re igitur, D. de extr. act.* Poſtremo ut alia omittam, quod non ſemel, neque in una parte edicti conſtanter invitus definitur is, qui aperte non conſentit. *L. filiusfamilias, §. invitus, D. de proc. L. invitum, D. de ſerv. urb. præd.* Contraria ſunt invitum eſſe, & velle aut conſentire. Quare ſi is qui ſcit, & tacet, invitus eſt; utique non velle aut conſentire eum dicendum eſt. Et recte dicuntur hæc omnia in iis, qui quod geritur, prohibere non poſſunt, aut pro officio de ſua voluntate teſtari neceſſe non habent. In quibus & ſuperiora reſponſa eſſe ex ſuis locis videre eſt. Quod ſi quis prohibere poteſt, & pro officio debet; ſi ſcit, nec prohibet: ipſe facere, certe facienti conſentire intelligitur, ut multis argumentis iuris probatur. Exempla in his locis, *L. quid ergo, §. 1. D. de his qui notant. infam. L. 3. L. 4. D. de noxal. act. L. unica,* in fin. *D. fur. adverſ. naut.* Ex hoc genere eſt mutuum, quod datur filiofamilias, ſciente patre. Nam cum ſcit pater dari, prohibere poteſt, ne filius accipiat, pro iure & poteſtate patris. Poteſt & illud prohibere, ne det creditor. Cùm enim denuntiaverit creditori, ne daret, nemo tam ſtultus futurus eſt, ut velit dare pecuniam, quam ſciat ſe amiſſurum creditam invito patre. Atque ut poteſt prohibere hanc numerationem pater, ita & pro officio debet, ſi putat eam rem ad corruptelam filii pertinere. Eſt enim boni patris dare operam, ne filii mores corrumpantur, & præſertim ubi corruptela ſpectet ad perniciem patris. Quapropter recte, & ſuperioribus exemplis quæ dixi, convenienter, hac quoque in parte receptum eſt a veteribus, ut quæ mutua pecunia filiofamilias data eſt, ſciente patre, & non contradicente, videatur eius voluntate & conſenſu data, ut ne deinceps creditori metuenda ſit ſenatuſconſulti exceptio.

V. Poſtremo quanvis neque mandante patre

1) Silentium & patientia quando loco conſenſus, varie tractant Forcat. *Dial.* 52. *n.* 3. Rob. 2. *Rer. lect.* 26. Hotom. 5. *Obſ.* 7. *& ad L. 1. C. de Remiſſ. pig.* Nic. Valla *de Reb. dub. tract.* 10. P. Fab. *ad L. 3. de R. iur.* Duarenus noſter *ad L. 6. C. Mand. n. 7. & ſeqq.* P. Gilken. *de Praeſcrip. P. 1. C. 6. n.* 225. Fachin. 13. *Contr.* 50. remiſſive, plures veterum citans Iac. Sculter. *in Addit. ad Modeſt. Piſt. P. 1. Q.* 130. *n.* 25. Hot. *d. C.* 7. putat non poſſe tradi certam regulam, ſed ſpecies notandas eſſe. Sed Don. *d. loc.* ſcite hanc rem ita definit: Si patimur aliquid fieri quod ſit noſtra cauſſa, totumque ad utilitatem noſtram plene pertinet, ſilentium pro conſenſu eſt. Ex. gr. Si pro me præſente alium fideiubere patiar *d. L. 6. C. Mand.* 2. Si non quidem ſit noſtra cauſſa, neque plene ad commodum noſtrum, ſed ſi recte factum nobis prodeſt vel ad affectionem noſtram pertinet, non recte factum nocet, & cum poſſumus prohibere, non prohibemus, conſentire cenſemur. Exemplum in *L. 7. de ſponſal.* Contra ſilentium pro diſſenſu, ſi quod ſit, pertinet ad nos onerandos vel obligandos. Exempla in *L. 8. §. 1. de proc. L. 5. de ſer. urb. L. 8. §. 15. Quib. mod. pig. ſol.* Niſi evidens ratio contra ſuadeat, ut in quatuor ſpeciebus (1) in his quæ patet tacit in perſona vel re filii iure ſuo, ubi tamen filii quoque conſenſus requiritur. Hic filius tacens conſentit, ut in adoptione *L. 5. de adopt.* in ſpecie *L. 2. §. ultim. Sol. mat.* tum quia ad filii exiſtimationem id pertinet, ne reluctetur patri, tum quia ad utilitatem, cum nullius affectus vincat paternum. 2) Si colonus impleto conductionis tempore maneat in fundo, domino patiente *L. ult. Locati.* 3) In re trium fratrum communi, quum unus donat alterius uxori. 4) In decurionatu filiofamilias delato. Reliqui loci ab Accurſio relati ad rem non faciunt.

patre, neque ſciente, pecunia filiofamilias ab initio data ſit: tamen etiam voluntate & conſenſu patris data videbitur, ſi is poſtea ratum habeat, quod geſtum eſt. Quam ad rem non tantum in hac ſpecie, ſed etiam in omnibus aliis negotiis, & hominum actionibus, quæ ad vim ſuam conſenſum alterius deſiderant, hæc ſententia certi iuris recepta eſt, ſemper ratihabitionem mandato comparari, & prorſus retro trahi, ut confirmet ea, quæ initio ſubſecuta ſunt. Sic Iuſtinianus de ratihabitione in omnibus cauſſis in univerſum conſtituit, per occaſionem tamen ratihabitionis paternæ, quæ in mutuo filiifamilias ſequeretur, in *L. ult. C. hoc. tit.* Unde & regula iuris pontificii totidem verbis tranſcripta in *C. ratihabitionem, de reg. iur. in VI.* Sententia non primum inducta a Iuſtiniano, ſed quæ apud veteres quoque iam olim obtinuiſſet. Confirmatur enim diſerte in *L. licet, D. de iud.* & in *L. 1. § quoties, D. unde vi.* Sed ea tamen, de qua inter omnes veteres non conveniret. Tribuitur enim nominatim tantum Sabino & Caſſio, & quibuſdam aliis hos ſecutis, in *d. L. 1. §. quoties, unde vi.* ut appareat [2] Proculianos diſſenſiſſe. Quæ diſſenſio occaſionem ſuperiori conſtitutioni Iuſtiniani præbuit, alioqui ſupervacuæ. Nunc utili, ut ſine hæſitatione ſuperiorem ſententiam, ex ipſa conſtitutione ſequeremur, contraria repudiata.

VI. Sed ne temere videantur diſſenſiſſe Nerva & Proculus, obſtat ei ſententiæ regula certi iuris, qua efficitur, quod initio non valuit, tractu temporis convaleſcere non poſſe. *L. quod initio, L. quæ ab initio, D. de reg. iur.* Huic obiectioni non dubito, quin occurrere voluerint Sabinus & Caſſius, dum regulam ita concipiunt, ut dicerent ratihabitionem [3] mandato comparari. Hoc enim non eam tantum ſignificationem habet, ratihabitione non nunc primum, cum ratum habetur, confirmari id quod inutiliter actum eſt, quod parum eſſet ad ſuperiorem obiectionem diluendam: ſed hoc amplius etiam retroverſus perinde haberi, quaſi iam ab initio res utiliter geſta eſſet. Id enim futurum erat, ſi mandatum ab initio interveniſſet. Idque eſt, quod apertius dicitur, ratihabitionem retro trahi, dum intelligimus retro ad illud primum tempus trahi, quo res geſta eſt.

VII. Nondum tamen hoc ſatis ad defenſionem. Nam ſuperior regula, quæ eadem eſt regula Catoniana, ſimpliciter hoc efficit, quod initio non valuit, tractu temporis non convaleſcere, hoc ſenſu, ut aliquo eventu ſecuto poſtea, neque exinde primum res valeat, neque retro confirmetur ex eo tempore, quo primum vitioſe geſta eſt. Et quidem hoc modo multo minus. Alioqui eo magis res convaleſcere dicenda eſſet, quo longius confirmatio retro ex eventu progrederetur. Quod & verum eſt, conſtatque hanc mentem eſſe regulæ Catonianæ. Sed meminiſſe oportet eius, quod ante in rebus promiſſis diximus, regulam Catonianam ad contractus & conventiones conditionales non pertinere, uti nec ad inſtitutiones aut legata conditionalia. *L. cætera, §. 1. D. de leg. 1.* Sciendum eſt autem, cum id quod fit, pendet ex conſenſu alterius, ſi is non conſentiat ab initio, rem quidem ſtatim non valere, geri tamen ſub conditione, ſi ille conſentiat. Unde evenit, ut illo conſentiente, atque ita exſiſtente conditione, quod geſtum eſt, valeat, non repugnante regula Catoniana, quæ ad conditionalia non pertinet. Atque hinc etiam poteſt intelligi, quam recte dictum ſit conſenſum & ratihabitionem ſecutam retro trahi, ut confirmet iam ab initio id, quod ante geſtum erat. Id enim facit vis adiectæ conditionis, ac poſtea impletæ. De qua ut ſuo loco dicetur, ita placuit, quidquid geritur, contrahitur ſub conditione, quandocumque exſtiterit conditio, perinde haberi retroverſus, quaſi ab initio pure geſtum contractum eſſet. *L. potior, D. qui pot. in pign. hab. L. neceſſario,* verſ. *idem Pomponius, D. de peric. & com. rei vend.*

VIII. Quomodo pater ratum habeat contractum cum filio, nihil intereſt: verbiſne, de quo non dubitatur, an re aliqua & facto, atque adeo ſilentio.

IX. Re & facto ratum habere intelligitur: quam ob cauſſam & ceſſat ſenatuſconſultum, ſi [4] cœpit ſolvere, quod filiusfamilias mutuum ſumpſerat. *L. item. §. penul. D. hoc tit.* Et generaliter quæ dicemus poſtea de filio mutuum agnoſcente, eadem debebunt & ad patrem referri;

2) Et contentionem magnam fuiſſe Cuiac. 17. *Obſ.* 20. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

3) Quantum ad hoc ſcilicet ut qui ratum habuit, improbare id non magis poſſit, quam ſi mandaſſet. Non autem ut inde mandati ſit obligatio & actio, quæ verum mandatum, non fictum requirit, ſed eſt actio negotiorum geſtorum, ita A. Fab. *ad L. 9. de neg. geſt.* per eam L. in fin. Sed quæ vis ratihabitionis & retrotractionis huius ſcite Timæ. Fab. 1. *Annot.* 19.

4) Item conſenſus præſumitur ex conſuetudine, ſi filius ſolitus creditum accipere & pater pro eo ſolvere, arg. *L. ult. D. Quod cum eo qui in al. pot.* Gomez. 2. *Reſol.* 6. n. 2.

ferri; ut cum a patre profecta erunt, videatur & ipſe pariter agnoviſſe, & ratum habuiſſe mutuum.

X. Silentio patris idem fieri viſum eſt in hac ſpecie, ſi filius, abſente patre, pecunia mutua accepta, literas emiſit ad patrem, quibus, ſcribebat ſe pecuniam quaſi ex mandato eius accepiſſe, petebatque ut pater ſolveret, & pater lectis literis nihil contradixit. Hoc eſt, quod ſcribit Paulus in *L. ſi filiusfamilias*, *D. eod.* debere patrem in hac ſpecie, ſi actum filii improbat, continuo interponere teſtationem contrariæ voluntatis. Significans, ſi non interponat, ſilentio ſuo & diſſimulatione actum filii probaſſe videri. Merito autem Paulus hoc ſilentium patris pro ratihabitione habet, non propter acceptas & lectas literas de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unuſquiſque enim literas accipit & legit, ut cognoſcat, quæ in his ſcripta ſunt, non etiam ut quæ ſcripta ſunt, probet. Sed quod cum in ſuperiore ſpecie ſolus ſcire poſſit pater, an filius ſit mentitus de mandatu patris; ſi rogatus de eo tacet, dolo facit, & aperte mendacio filii favet in necem creditoris: qui admonitus adverſus filium ſibi proſpicere potuit. Ut cæteris in rebus nulli dolus ſuus lucroſus eſſe debet; *L. 1. D. de dolo.* Sic in hac re nocere debebit patri, non prodeſſe vel ipſi, vel filio. Proinde & quod ambigue factum videri poteſt, ſic accipiemus, ut ipſi noceat.

XI. Sed an ratihabitione patris ita confirmatur mutuum, ut non tantum teneatur pater eo nomine, ſed etiam filius, & ſi quæ ſunt eius obligationis acceſſiones, puta fideiuſſor, aut mandator? Movet quæſtionem, quod ab initio nata eſt filiofamilias & cæteris eiuſdem obligationis reis exceptio ſenatuſconſulti, dum filio pecunia mutua data eſt ſine voluntate patris. Ius autem non patitur, ut exceptionem aliis ſemel quæſitam pater facto ſuo poſſit adimere. *L. ult. D. de pact.* Et conſequens eſt ſuperioribus, ratihabitione patris ita confirmari mutuum, ut ſit petitio eo nomine adverſus omnes eadem, quæ foret, ſi ſenatuſconſultum non obſtaret. Diximus enim ratihabitionem mandato comparari, atque ita haberi, quaſi mandatum patris ſtatim ab initio interveniſſet. Nemo autem dubitat, quin ſi pecunia mandatu patris filiofamilias initio data ſit, ceſſet in omnes ſenatuſconſultum. Nihil ad rem pertinet, quod exceptio aliis ſemel quæſita, facto patris illis adimi non poteſt. Ratihabitione enim patris poſtea ſecuta, efficitur, ut nunquam filiofamilias in pecunia illi credita exceptio quæſita intelligatur. Non enim acquireretur, ſi mandatu patris illi eſſet ab initio credita: At ratihabitio pro mandato eſt, quam retro trahi, & mandato comparari dicimus.

XII. Altera exceptio eſt ex perſona patris, in qua ceſſet ſenatuſconſultum, ſi pecunia [5] verſa ſit in rem patris. *d. L. item*, *§. interdum*, verſ. *proinde hoc tit.* In quo hoc dici animadvertendum eſt, non conſilium filiifamilias de vertenda pecunia in rem patris in hac re ſpectandum eſſe, ſed eventum, & hunc ſufficere. Propone filiumfamilias non accepiſſe ab initio hoc animo, ut verteret in rem patris, ſed poſtea vertiſſe. Ceſſabit ſenatuſconſultum. Vere enim pecunia verſa eſt, etſi non hoc conſilio accepta. Pone contra ab initio accepiſſe eum hac mente, ut in rem patris verteret, ſed mutato conſilio non vertiſſe. Senatuſconſulto locus erit. Verum eſt enim pecuniam non eſſe verſam in rem patris. Quod tamen ut fiat exigimus. Hæc in *d. L. item*, *§. interdum*, in fi. *D. eod.* Et ideo quod dicitur in *L. 2. C. eod.* ceſſare ſenatuſconſultum, ſi filius mutuam pecuniam acceperit *in eam rem quæ patris oneribus incumberet*, ſic interpretandum eſt, ſi acceperit in eam rem cum effectu, ut ſcilicet & in eam rem conferret.

XIII. Verſa in rem patris pecunia intelligitur, si melior conditio patris ex ea pecunia facta eſt. Quod fit dupliciter. Nam aut ei inde quid acquiritur, quod prius non habuit: aut fit, ne quod habet, de patrimonio decedat, quod alioqui eſſet deceſſurum.

XIV. Acquirit patri filiusfamilias, sive rem aliquam utilem comparat patri ex ea pecunia, sive liberationem acquirit ei, sive actionem.

XV. Ad liberationem patris pertinet omnis exſolutio æris alieni, quo pater tenebatur. Ideo quidquid de pecunia mutuo accepta contulit in eam rem filius, hactenus tanquam pecunia in rem patris verſa, placet ceſſare ſenatuſconſultum. Idque eſt, quod dicitur in *d. L. 2. C. eod.* non eſſe locum ſenatuſconſulto, si filius pecu-

[5]) Ubi actio de in rem verſo, quæ datur quatenus in rem verſa eſt, ac uberior eſt actio de peculio, competens etiam illa deficiente. *L. 1. de in rem verſo.* Non ſufficit quidem ſi in eum finem acceperi filius, niſi vere verſa ſit: ſufficit tamen ſi utiliter ceptum negotium, licet ſucceſſu caruerit. *L. 7. d. t.* Duar. *ad t. D. de in rem verſo.*

pecuniam accepit in *eam rem, quæ patris oneribus incumberet*. Onus patris eſt, quidquid pater præſtare debuit, quo ſolutione filii ſublato, acquirit ei filius liberationem. Hoc idem eſt, quod Ulpianus ſcribit in *L. item*, §. *pen. D. eod.* ceſſare exceptionem ſenatuſconſulti, *ſi filius acceperit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui ſi peteret, exceptione non ſummoveretur*. Quod ſic interpretandum eſt: ut eum liberaret, intellige creditorem, ideſt ut abſolveret & dimitteret creditorem, pecunia illi ſoluta; qui ſi peteret, nempe a patre, eodemque debitore, non ſummoveretur ab eodem patre. De pecunia enim huius nomine ſoluta a filiofamilias nunc agitur. Et certe si eſſet hic creditor ipſius filiifamilias, adverſus quem filius nullam exceptionem haberet: non eo magis ceſſaret ſenatuſconſultum, quia filius de pecunia aliunde mutuo ſumpta ei ſolviſſet, & ſe liberaſſet. Quod paulo ante ſcripſerat Ulpianus *d. L. item*, §. *proinde*, in fi. *Non tamen*, inquit, *vertiſſe videbitur filius ſi mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum ſolvit*. Et addit: *& ideo ſi pater ignoravit, adhuc ſenatuſconſulto locus erit*. Merito: ſemper enim verum eſt eiuſmodi pecuniam neque voluntate patris initio acceptam, neque poſtea verſam in rem patris.

XVI. Eiuſdem generis factum eſt, ſed & idem quo acquiritur patri actio, ſi filiusfamilias in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro ſorore ſua in dotem daret. Scriptum quidem eſt in *L. filiusfamilias, D. eod.* videri eam pecuniam in rem patris verſam, tenerique patrem eo nomine actione de in rem verſo. Quod in hoc argumento poſitum non alio ſpectat, quam ut intelligatur in hac pecunia mutua tanquam in rem patris verſa ceſſare ſenatuſconſultum, ut eſt in univerſum definitio in *d. L. item*, §. *interdum*, verſ. *proinde*. Sed quomodo aut cur verſa hic pecunia in rem patris, quæ non pro patre, ſed pro ſorore filii in dotem data eſt? Ideo ſcilicet, quia ex hoc facto acquiritur patri & liberatio, & actio. Liberatio: quia pater filiam quam in poteſtate habet, dotare debet, & iure civili cogitur. *L. capite, D. de rit. nupt.* Qua obligatione liberatur, cum filius eius nomine pro ſorore dotem dedit. Actio: quia dote patris nomine data pro filia, ipſi patri mortua in matrimonio filia repetitio dotis datur: quam poſteriorem rationem Paulus reddidit, ut probaret pecuniam datam a filio pro ſorore in dotem, videri verſam in rem patris, in *d L. filiusfamilias*. Explicatur hæc ſpecies pluribus in *L. & ideo*, in fin. & *LL.* 2. ſequentib. *D. de in rem verſo*.

XVII. Fit, ne quid decedat de patrimonio patris, quod alioqui futurum erat, cum filius pecuniam mutuo acceptam impendit in eam rem, in quam pater de ſuo impenſurus erat ſponte ſua, non ulla obligationis aut iuris neceſſitate coactus. Cuius partis exempla complura ſuppeditabit *L.* 3. §. *proinde*, §. *necnon*, & alibi, *D. de in rem verſ.* Una eſt ſpecies in hoc ſenatuſconſulto celebrata a veteribus, quæ huc referri debet, cum filiusfamilias ſtudiorum cauſſa abſens mutuum accepit. In quo ſenatuſconſultum ceſſare iam olim vulgo traditum refert Ulpianus in *L: item*, §. *quod dicitur, D. hoc tit.* Quod ille in ſumma ita interpretatur, quatenus pater de ſuo impenſurus fuerit filii nomine. Neque id aliter acceptum eſt reſcripto Alexandri, cuius a conſiliis fuit Ulpianus, in *L. Macedoniani, C. eod.* ut mox patebit. Quæ res declarat, quod dixi, hanc ſpeciem ad poſteriorem partem ſuperioris definitionis pertinere. Nunc quia habet ea ſpecies nonnullas cautiones, & frequens eſt, operæpretium eſt quid ea deſideret, paulo plenius cognoſcere.

XVIII. Ergo ut pecunia abſenti filiofamilias mutuo data ceſſet ſenatuſconſultum, tria exiguntur nata ex eo, quod pecuniam in rem patris verſam quærimus.

XIX. Primum ut filius [6] ſtudiorum cauſſa abſit. Quod exempli cauſſa dictum intelligendum eſt, ut ſub una ſpecie omnis honeſta & probabilis cauſſa abſentiæ contineatur. Nam etſi abſit filius legationis cauſſa, idem iuris eſſe traditur in *L. Macedoniani, C. eod.* Nec vero quidquam cauſſæ eſt: cur ſi hoc ius putetur pertinere ad unam aliquam cauſſam probabilem abſentiæ aliam, quam ſtudiorum: non debeat generaliter transferri ad cæteras. Cur ergo abſentiam hic exigimus? Quia domi degens filiusfamilias apud patrem non indiget ad victum & res neceſſarias aliena pecunia mutua, cum abunde, certe quod ſatis eſt, neceſſaria illi ſuppeditentur a patre: ad res autem alias nihil pater daturus fuerit. Cur exigimus abſentiam ſtudiorum cauſſa, aut aliam probabilem? Hac ipſa ratione, quia ſcilicet dum voluntate patris abeſt filius, non fuerit recuſaturus pater neceſſarium aut idoneum ſumptum ad eam rem, cui abſentia deſtinata eſt.

XX.

6) Vid. Gomez. 2. *Reſol.* 6, n.32. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 10. *n.* 19. *& ſeqq.* Io. Gutierez. *in Repet. auth. ſacram puberum n.* 71. *& ſeqq.*

XX. Secundum exigitur in hóc mutuo, ut qui filio ſtudiorum cauſſa abſenti mutuum dedit, probabilem modum in mutuando non exceſſerit. *d. L. item*, *§. quod dicitur*. Probabilis hic modus duabus ex rebus deprehenditur. Una, ſi pater certam quantitatem ſolebat ſubminiſtrare, & eam creditor non exceſſit. *d. §. quod dicitur*. Altera, ſi aut nullam certam quantitatem ſubminiſtrabat pater, aut ſubminiſtrabat quidem, & creditor exceſſit: ſed pecunia data eſt *ad neceſſarios ſumptus, quos patris pietas non recuſaret*. Sic verba ſunt *d. L. Macedoniani, C. eod.* Tales ſumptus in eo filın, cui pater nullam definitam ſummam adhuc miſerat, ſunt ii, qui ad victum & cultum filii, dignitati familiæ, & facultatibus conveniunt; quos veriſimile eſt patrem pro ea dignitate eſſe facturum. In eo autem cui pater certam quantitatem ſolebat ſubminiſtrare, ſi creditor eam quantitatem excedat, tales ſumptus ſunt, qui fiunt ad curandum ægrotum, aut curato ægroto, conferuntur in mercedes medicorum, aut ad cæteras res ad curationem olim neceſſarias. Apparet autem horum utrumque redire ad hanc ſummam, ut ideo creditori de pecunia filio ſtudiorum cauſſa abſenti credita ſit actio, quia pater idem daturus fuerit; & ſi daturus fuerit, ut ſic in rem patris pecunia hæc verſa intelligatur. Ac niſi id fit, ſciamus ceſſare ſenatuſconſultum. Quod apertius indicatur in quæſtione de in rem verſo in *L. 3. §. proinde*, *L. & ideo*, *7. §. ultim. L. 8. L. 9. D. de in rem verſ.*

XXI. Tertium exigi intelligendum eſt, etſi omiſſum in *d. §. quod dicitur*, *L. item*. Ut pecunia iſta etiam verſa sit in eos uſus, in quos pater a ſe datam impendi vellet: id eſt, in quos pecuniam ſolebat ſubminiſtrare, aut in quos ut neceſſarios ſubminiſtraturus eſſet pro pietate & affectu patris. Quod si in hos uſus pecunia conſumpta non sit a filio, ſed poſtea converſa ad luxuriam aut res alias, ſenatuſconſulto nihilominus locus erit: nec quidquam patrocinabitur creditori aut abſentia iuſta filii, aut consilium humanum creditoris. Meminerimus enim de pecunia filiofamilias credita, quem ſciverit creditor talem eſſe, ita demum ceſſare ſenatuſconſultum, si aut voluntate patris pecunia data sit, aut in rem patris verſa. Nec cum quæritur an pecunia verſa sit, quidquam ad rem pertinere, quod forte filius ab initio mutuam pecuniam acceperit in rem patris, niſi etiam re ipſa verterit. Quæ ſententia Ulpiani eſt in *d. L. item*, *§. interdum*, in fin. præceditque *d. §. quod dicitur*. Ut intelligeremus huius §. quoque ſententiam ad ſuperiorem definitionem referri, aut certe exigendam eſſe. Sed & hoc ab eodem diſerte ſcriptum eſt in ea pecunia, de qua tanquam in rem patris aut domini verſa agitur, in *L. 3. §. ſed ſi ſic accepit*, *D. de in rem verſ.* Unde & ibidem colligit, curioſum eſſe debere creditorem, quo pecunia vertatur. Quod ne quis dubitet, etiam ad ſpeciem huius mutui, de qua agimus, pertinere, prnpemodum expreſſum eſt in *d. L. Macedoniani*, in fin. *C. eod.* Cum enim ita ſcribitur, *ſane ſi iuſſu patris datum mutuum probetur: nec in quos uſus verſa ſit pecunia, diſquiri neceſſe eſt:* ſatis aperte ſignificatur, ſi iuſſu aut voluntate patris mutuum datum non ſit, neceſſe eſſe inquiri, in quos uſus pecunia verſa ſit, & quidem in ea ſpecie, cum filiofamilias ſtudiorum vel legationis cauſſa alibi degenti pecunia credita eſt. Nam de ea ſpecie toto eo reſcripto agitur, ab hac certe reſcriptum orditur, ac de ea ſub diſtinctione reſpondet.

XXII. Atque hæc ſumma eſt huius iuris, uti ex ſcriptis veterum hæc pars nobis relata eſt. Circa quam multa ſunt quæſita: de quibus ex his quæ poſuimus, non difficile iudicium futurum eſt. Primum quia iuſtam & probabilem cauſſam abſentiæ exigimus, ſatis inde intelligitur, quid dici oporteat, ſi filius aberit turpi aliqua de cauſſa, aut animi & voluptatis gratia iniuſſu patris. Nempe fruſtra ei creditor dederit, ut aliquandn repetat; quia pater ad eiuſmodi abſentiam pecuniam filio daturus non fuerit. At quid, ſi filins aberit ſtudiorum cauſſa, ſed invito patre, qui illum nolit dare operam ſtudiis literarum, aut non in eo loco ubi degit? Si ſcit creditor, idem prohandum eſt: quia invitus pater nihil fuerit ad eam rem ſuppeditaturus. At enim dare operam ſtudiis honeſtum eſt. Verum non cauſſa abſentiæ repetitionem tribuit creditori: ſed voluntas aut utilitas patris in hnc mutuo interveniens. Quorum neutrum eſt, cum abeſt filius invito patre. Quanquam & illud recte dici poteſt, etsi opera bonis ſtudiis impenſa per ſe honeſta eſt: tamen nisi quid mandato Dei certo præcipiatur, nihil videri honeſtum, quod invito patre facias: utpote adverſus illud mandatum, *Honora patrem & matrem*. At *lætitia* patris eſt ſcientia filii, ait Accurſius ex *Nov. Conſtitutio quæ dignitatib. §. generaliter*. Sumptum ex proverbiis

biis Salomonis. Recte hoc dicitur in re dubia. In re autem certa non eſt huic conjecturæ locus. *L. continuus*, 137. *§. cum ita.* in fin. *D. de verb. oblig.*

XXIII. Quid tamen, ſi creditor non ignorans filium abeſſe invito patre, det illi pecuniam in maxima eius inopia, ne egeſtate pereat? Putem recte eum facere, & ex voto patris, eoque nec denegari ei actionem. Quia prius quam filius periret, videtur patris pietas & hunc ſumptum & alium quemvis non recuſatura. Quod cum de patris voluntate intelligitur, ceſſat ſenatuſconſultum. *L. Macedoniani, C. eod.*

XXIV. Quid, ſi extra hanc neceſſitatem det creditor, ſed ignorans filium abeſſe voluptatis cauſſa, cum is mentiretur ſe abeſſe gratia ſtudiorum? Æque ſenatuſconſulto locus erit. Non enim tantum locum habet ſenatuſconſultum, ſi creditor ſcivit de conditione filiifamilias, ſed etiam ſi ſcire potuit. *L. penultim. D. hoc tit.* Facile autem fuit ſcire, an filiusfamilias alicubi fuerit ſtudiorum cauſſa, conſultis iis, qui ſtudiis præerant.

XXV. Quid, ſi vere abſuit filius ſtudiorum cauſa, ſed cum abeſſet, invito patre, creditor ignoravit? Non video, quid creditori prodeſſe debeat ſua ignorantia, ſi in rem patris verſum non ſit, quod filiofamilias datum eſt; cum hoc ubique exigatur in hac cauſſa, ut pater daturus fuerit. *d. L. item, §. quod dicitur, D. eod. d. L. Macedoniani, C. eod. L. ſi vero. D. de in rem verſ.*

XXVI. Quid, ſi filius vere abſit ſtudiorum cauſſa, & volente patre, ſed creditor quantitatem a patre ſubminiſtrari ſolitam mutuando exceſſerit, quia forte pater parcior aut avarus non ſuppeditaret ſumptum filio pro dignitate familiæ & facultatibus; ipſe autem tantum dederit, quantum ei dignitati, & familiæ conveniebat? Sed cum conſtet patrem tantumdem daturum non fuiſſe, apparet quod ita datum eſt, nec voluntate patris datum, nec eſſe verſum in rem patris. *L. ſi vero, D. de in rem verſ.* Proinde & hactenus locum eſſe Senatuſconſulto. *d. L. item, §. interdum*, verſ. *proinde*. At dedit creditor pro dignitate familiæ. Qui videri poteſt probabilis modus dandi. Quem modum cum ſervat creditor in hoc mutuo, ibi ait Ulpianus ceſſare Senatuſconſultum, *d. L. item, §. quod dicitur*. Sed idem probabilem hunc modum ibidem interpretatur, ſi creditor non exceſſerit eam quantitatem, *quam pater ſolebat ſubminiſtrare*. Et certe quanvis in ea ſubminiſtranda non ſervaret pater modum dignitati ſuæ convenientem: tamen non debuit creditor in re aliena hoc arbitrium ſibi ſumere, ut præſcriberet patri; quem modum ſtatueret rebus ſuis, aut ſumptibus in filios faciendis. Patri hoc relinquendum fuit æſtimandum. Primum quia rerum ſuarum dominus eſt; & unuſquiſque arbiter ac moderator rei ſuæ. *L. in re mandata, C. mand.* Deinde quia eſt pater: cuius caritas & ſolicitudo pro liberis multo melius decernet, quod expediat filio, quam extraneus quivis: tum quod patri præter cæteros noti ſunt mores & ingenium filii: tum quod nullus ſit amor, qui vincat paternum, quod ex natura ſumptum poſitum eſt in *L. ult.* in pr. *C. de curat. fur.*

XXVII. Quid, ſi filius abſit ſtudiorum cauſſa, & volente patre, nec exceſſerit creditor eam quantitatem, quam pater ſubminiſtrare ſolebat: ſed creditor tum dederit, cum iam filius eam quantitatem acceptam conſumpſiſſet in alios uſus, quam in quos pater daturus fuerit, puta in alea, in compotationibus, in divagationibus non neceſſariis? Et puto, ſi creditor id ſcivit, ſenatuſconſulto locum eſſe: vel quod pater amplius non ſubminiſtraret, quia amplius non ſolebat; vel quia de voluntate patris iuſte in eo dubitari potuit, ut merito an vellet iterum dare, prius fuerit conſulendus, niſi daretur pecunia ad neceſſarios uſus, ut ante dixi. Quales patris pietas pro filio nunquam videtur recuſatura. *d. L. Macedoniani, C. eod.* Sin creditor 7 ignoravit, ſenatuſconſultum repetitionem, ut exiſtimo, non impediet. Non quia ignorantia in facto alieno ſit probabilis, qua ratione Accurſius utitur ad *d. §. quod dicitur*. (nunquam enim ſola ignorantia tuetur creditorem, qui ſcit ſe filiofamilias credere, niſi voluntas, aut utilitas patris intervenerit in mutuo filii, ut ante dixi. *d. L. item, §. interdum*, in fi.) ſed quia creditor non videtur hoc caſu exceſſiſſe quantitatem, quam pater ſubminiſtrabat, vel quia etiam videtur voluntate patris feciſſe. Non exceſſit quantitatem; quia pecunia miſſa filio perinde ſit, quaſi nec eſſet miſſa, cum filius male conſumpſerit. Quod pro creditore ignorante benigne interpretari decet. Voluntate patris videtur crediſſe; quia ut dominus præponendo magiſtrum navi, videtur hoc facto permittere omnibus, ut cum magiſtro contrahant eius rei nomine, cui magiſter præ-

7) Præſumptio enim eſt, quod filius utiliter impendat. arg. *L. ul. §. ul. C. h. t.* Nec igitur probatio creditori iniungenda. Diſſ. Zanger. *d. C.* 10. *n.* 20.

præpoſitus eſt. *L. 1. §. 1. D. de exer. act.* Ita pater filium aliquo mittendo, & ſumptum ei certum conſtituendo, videtur omnibus facere poteſtatem illum iuvandi uſque ad eam quantitatem, ſi filius indigeat. Hanc poteſtatem ſi revocet poſtea aut verbis, aut res neceſſarias filio mittendo, iuſta ignorantia creditori non nocebit: ut potius hic initium ſpectemus. *arg. in L. ſi tantum*, in fin. *D. hoc tit.*

XXVIII. Illud in commune circa utramque exceptionem ſuperiorem monendi ſumus, cum dicimus, pecunia voluntate patris data, aut in rem eius verſa, ceſſare ſenatuſconſultum: utrobique patrem intelligi debere eum, cuius in poteſtate eſt filius. Alterius patris voluntatem aut utilitatem inutilem eſſe creditori ad exceptionem ſenatuſconſulti evitandam. Et ideo ſi habet quis filium, & ex eo nepotem in ſua poteſtate; poſtquam nec iſti nepoti mutuam pecuniam ex ſenatuſconſulto dari poſſe conſtitit: hoc dicimus ne ſic quidem utilem eſſe huius mutui dationem, quanvis nepoti iuſſu patris eius pecunia data ſit, aut verſa in rem patris: ſed avi cuius in poteſtate eſt nepos voluntatem aut utilitatem in hoc mutuo eſſe neceſſariam. *L. filium, D. hoc, tit.*

CAP. XXVIII.

Ex perſona filii, quæ Macedoniani exceptiones.

Ex perſona filii pariter exceptiones duæ & quæ. I.

- *Prior alibi occupata.* II.
- *Poſterior huius loci propria; & quare.* III.

Sui iuris factus filiusfamilias debitum agnoſcit tribus modis. IV.

1. *Solvendo debitum, aut huius partem; & quæ utriuſque ratio.* V.
2. *Cavendo fideiuſſione, aut pignoris datione. Quæ in utroque agnitio debiti, & quæ pignoris a ſolutione partis differentia.* VI. VII.
3. *Creditæ pecuniæ novatione, aut conſtituto. Quomodo hoc aut illa debitum agnoſcatur.* VIII.

An ſui iuris factus, ſi per ignorantiam facti fecerit mutui novationem, teneatur; & quatenus in facto errare potuit. IX.

- *Quid ſi errore iuris novationem fecit.* X.

Agnitio debiti a filio facta nec patri, nec fideiuſſori nocet; & quare agnitionis a patre factæ ratio diſſimilis. XI. XII.

Si filius in poteſtate agnitum debitum ultro ſolverit; an pater repetat extantes; an conſumptos nummos condicat. XIII.

Intereſt ex quo genere peculii ſolverit filiusfamilias. Quæ ex utraque pecuniæ conditione diverſa ratio, ſive effectus. XIV.

Concluſio & ſumma huius & ſuperiorum capitum. XV.

I. EX perſona filii ceſſat ſenatuſconſultum duobus caſibus, in quibus totidem ſenatuſconſulti exceptiones ex hac parte ductæ. Uno, ſi filiusfamilias vice patrisfamilias habeatur. Altero, ſi ſui iuris conſtitutus debitum agnoſcat. Vice patrisfamilias habetur miles, & quiſquis peculium habet caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe. Ille in mutuo ſemper; hic uſque ad peculii quaſi caſtrenſis quantitatem. *L. ult. §. ult. C. hoc tit. L. 2. D. eod.*

II. De hac exceptione ſupra dixi in definitione filiifamilias, quod huius partis explicatio magis videretur ad eam definitionem pertinere.

III. Altera igitur exceptio eſt proprie ad mutuum vere filio familias datum pertinens, ſi is ſui iuris conſtitutus debitum agnoſcat. Qua ex re non eſſe locum ſenatuſconſulto diſerte ſcribitur in *d. L. 2. C. eod.* Hoc ideo, quia hac agnitione aut nova alia obligatio, aut certe novum mutuum contrahitur, quorum neutri ſenatuſconſultum eſt impedimento. Nova obligatio eſt, ſi filius idem ſtipulanti creditori promittat, aut ſe ſoluturum conſtituat: illic ex ſtipulatione: hic ex conſtituto. *§. de conſtituta. Inſtit. de action.* His remotis, quæcunque alia agnitio eſt debiti, ſemper ſaltem novum mutuum contrahetur. Perficitur enim mutuum duabus his rebus, pecuniæ datione, & conſenſu in hoc, ut pecunia ſit mutua; quorum utrumque ineſt in hac agnitione. Nam primum hic pecunia filio de integro dari videtur. Si quidem nihil intereſt, utrum pecunia detur alicui, an quæ apud eum erat, pro data habeatur ab eo cuius fuit, aut eſſe debuit *L. certi, §. ultim. D. ſi cert. petat. L. qua ratione, §. in-*

terdum, *D. de acquirend. rer. dom.* Accedit deinde hic conſenſus, ut ea pecunia ſit apud filium mutua. Quare mutuum in hac agnitione de integro contrahi intelligitur. Atqui id interponitur cum eo, qui iam ſui iuris eſt, non amplius [1] filiusfamilias. Ex quo apparet omnem hanc obligationem agnitione filii per id tempus conſtitutam ſenatuſconſulto non vetari: ut quo vetetur tantum mutua pecunia dari filiofamilias.

IV. Agnoſcere debitum filius intelligitur; cum agnoſcit ſe idem illud mutuum debere, & paratum ſolvere oſtendit. Id fit tribus modis; aut debitum ſolvendo vel totum, vel pro parte; aut aliis acceſſionibus cavendo; aut in eam ipſam pecuniam ſe obligando.

V. Solvendo unuſquiſque debitum agnoſcit: idque vi verbi ſolvendi efficitur. Non eſt enim ſolutio, niſi eius quod debetur. *Inſtitut. quib. mod. tol. oblig.* in princ: Et ſi quidem filius totum ſolvit, nulla dubitatio eſt, quin totum agnoſcat. Quæ res facit, ut ſolutum non poſſit repetere, ceſſante iam ob debitum agnitum ſenatuſconſulto. Quanquam hic alia ratione & quidem certiore non repetet; quia naturaliter debuit *d. L. ſed ſi pater*; §. penult. & ultim. *L. quia*, ſequ. *hoc tit.* ut dicendum ſit, quanvis forte per errorem ſolverit, tamen eum non repetiturum. Sed hoc amplius dicimus, etſi filius paterfamilias factus ſolverit tantum partem debiti, tamen ceſſare ſenatuſconſultum. Sic verba ſunt Ulpiani in *d. L. item*, *§. ult. D. eod.* Quæ ſic accipere debemus, ut in totum ceſſet ſenatuſconſultum, non tantum ad eam uſque partem, quæ ſoluta eſt, ſed etiam in id omne, quod eſt reliquum, ac necdum ſolutum eſt: ut quandocumque creditor id repetet, non denegetur ei actio ex ſenatuſconſulto. Id etſi ex ſuperioribus verbis propemodum ſatis intelligitur, cum ſimpliciter dicitur ceſſare ſenatuſconſultum; tamen multo apertius id oſtendit Ulpianus in *L. ſed ſi pater*. Quæ ſubiicitur, ubi per adverſativam ita ſcribit: *ſed ſi paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit exceptionem ſenatuſconſulti ei denegandam uſque ad pignoris quantitatem*. Hæc adverſativa declarat ipſum contrarium ſenſiſſe in priore ſpecie adverſante. Ea autem fuit, cum filius partem debiti ſolvit. Unde intelligimus hoc illum dixiſſe, parte ſoluta ceſſare ſenatuſconſultum, non uſque ad partem ſolutam, ut in pignore, ſed in totum. Recte. Nam qui ſe dicit partem debiti ſolvere, hoc dicit ſe partem ſolvere eius, quod totum debet: quia non eſt pars, niſi totius.

VI. Aliis acceſſionibus cavendo agnoſcit debitum, qui creditori in pecuniam mutuam dat fideiuſſores, aut pignora: ex quo eſt, quod placet ob huiuſmodi cautiones ceſſare ſenatuſconſultum, denegata filio ſenatuſconſulti exceptione. De pignore dato hoc ſcriptum eſt in *d. L. ſed ſi pater*, in princ. Quod multo magis in fideiuſſorum acceſſione intelligendum eſt. Ideo autem fideiuſſoris aut pignoris datione filius debitum agnoſcit, quia hæ acceſſiones ſunt principalis obligationis, & eæ quæ huius ipſius firmandæ cauſſa adhibeantur. *§. fideiuſſor. Inſtitut. de fid. L. res hypothecæ. D. de pignor. §. item Serviana, Inſtitut. de action.* Ut dicendum ſit, eum qui eas adiiciat, hoc ipſo teſtari præceſſiſſe obligationem, & eam quam velit ratam eſſe. Sed in pignoris datione diligenter notandum eſt illud, quod ſupra attigimus, quodque ſcriptum eſt in *d. L. ſed ſi pater*, in princ. re a filio pignori data ita videri agnoſci debitum, & ſenatuſconſultum ceſſare, ut ceſſet dumtaxat uſque ad [2] quantitatem pignoris.

VII. Cur ergo hoc in pignoris datione reſpondetur potius, quam in partis debiti ſolutione; qua interveniente diximus in totum ceſſare ſenatuſconſultum? Nam cum in utraque ſpecie pariter non præſtetur totum, quod debetur: qui fit, ut partis ſolutio potius putetur arguere agnitionem & comprobationem totius debiti, quam pignoris datio? Quia ſolventis partem, & pignus dantis verba hanc differentiam poſtulant. Obſervemus enim eum qui partem ſolvit, hoc adiicere, ſe ſolvere partem debiti, ſeu eius quod debet. Quibus verbis aperte non illam tantum partem a ſe debitam eſſe agnoſcit, quam ſolvit; ſed & illud debitum, de quo agitur, cuius partem ſe nunc ſolvere profitetur; & quidem totum. Quia natura pars niſi totius, cuius pars ſit, intelligi non poteſt. At qui dicit ſe pignus dare, dicit ſimpliciter ſe dare pro debito, ſeu

pro

1) Renunciari enim SCto nequit: *vid. ſupra C.* 25. *N.* 3. Sed an iuramentum ſi acceſſerit, excluditur SCti exceptio. Variæ ſunt ſententiæ, vid. Vaſq. *Lib.* 3. *de ſucceſſ. creat.* §. 28. *n.* 44. *&* *n.* 50. *& ſeqq.* Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 6. Fachin. 2. *Contr.* 62. Seſſer. *Lib.* 1. *de Iuram. C.* 13. *n.* 10. *& ſeqq.*

2) Fideiuſſor autem ut in ſolidum tenetur, niſi in partem acceptus, ita & eum dando ſolidum agnoviſſe cenſetur. Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 16. *n.* 17.

pro en quod debetur, ut eſt ſignificatio pignoris, tradita in §. *item Serviana*, *Inſt. de act.* Non adiicit pro debito toto, aut pro debito ex parte. Sic fit, ut ex his verbis dubium relinquat, utrum det pro toto debito, an pro parte tantum, & pro qua parte. Nec quominus alterum ſumere liceat, verba refragantur. Nam & pro parte aliqua debita datum, ſemper verum erit pro debito datum eſſe. Reſtat in hac obſcuritate, ut quæratur, utrum potius ſit ſequendum. Et regula iuris facit, ut oratio accipienda ſit pro debitore, ac minimum deberi intelligatur. *L. ſemper in ſtipulationibus. L. ſemper in obſcuris, D. de reg. iur.* Hoc autem minimum in hac datione, ut debitum agnoſci intelligatur uſque ad id quod datum eſſe apparet, non amplius.

VIII. In eamdem rem ſe obligando filius debitum aperte agnoſcit, ſi novationis cauſſa eamdem pecuniam promittit creditori. Quæ ſpecies refertur in *d. L. 2. C. hoc tit.* Agnitionis huius argumentum certum in eo, quod non novatur, niſi obligatio præcedens, quam filius agnoſcat *L. 1. D. de novat.* Quod autem inde debetur, id ſe velle utiliter deberi, eo ſatis probat, quod in eam rem ſe ſtipulatione obſtringit: ex qua iure civili actionem eſſe conſtat. Sed quod de pecunia novationis cauſſa promiſſa dicitur, idem intelligendum eſt, & ſi filius ſine ulla novatione, aut ſtipulatione, ſolo pacto conſtituat ſe eam pecuniam quam mutuam acceperat, creditori ſoluturum. Nam & conſtitutum non eſt niſi eius, quod quis agnoſcit ante debitum fuiſſe, & de pecunia conſtituta iure prætorio actio eſt non minus, quam ex ſtipulatione iure civili, *L. 1.* in pr. *§. pen. §. ult. D. de pec. conſt. §. de conſtituta. Inſt. de act.*

IX. Sed hac obligatione nova ita tenetur filius, niſi per ignorantiam facti eam pecuniam promiſerit, cum ſcilicet in facto errans putaret ſe ab initio debuiſſe, quam non debebat. Tunc enim & ſi propter promiſſionem ſubtilitate iuris tenetur: tamen quia aliter obligatus eſt, quam conveniebat, conventus doli mali, aut in factum exceptione defendetur. Quæ exceptio eſt *L. ult. D. hoc tit.* pertinetque exceptio ad definitionem generalem de iis qui cum aliter eos obligari oporteret, aliter dolo adverſarii, aut errore ſuo obligati ſunt: quæ exſtat in *L. ſi quis cum aliter. 36. D. de verb. obl.* Per ignorantiam facti in propoſita ſpecie eamdem pecuniam filius paterfamilias factus promiſiſſe intelligendus eſt, quod quidem ei proſit, non ſi dicat ſe putaſſe pecuniam ſibi datam, quæ data non erat: quoniam huius rei ignorationem in facto ſuo prætendere non poteſt. *L. quanquam. D. ad ſen Vell.* Sed ſi dicat putaſſe ſe eſſe patremfamilias, cum pecuniam accipiebat, cum vere eſſet filiusfamilias, nec teneretur ex ſenatuſconſulto. Id autem poteſt accidere hoc modo. Finge patrem peregre profectum, cuius in poteſtate erat filius. Nuntiari poſt conſtanter nec incertis nunciis, hunc eſſe mortuum, cum non eſſet: puta occiſum ab hoſtibus, aut obſidione urbis in qua erat interceptum ibi periiſſe. Filium in hoc errore tanquam iam ſui iuris morte patris factum accepiſſe pecuniam. Si proponas patrem poſtea in eo itinere mortuum, ac tum filium qui iam vere ſui iuris erat, eamdem pecuniam expromiſiſſe; palam eſt id eum feciſſe, quod per iuſtam ignorationem mortis patris putaret ſe ab initio fuiſſe patremfamilias, eoque & [3] debuiſſe pecuniam acceptam, quam ex ſenatuſconſulto non debuerat, cum accepiſſet filiusfamilias. Qua ex re & ei exceptionem propoſitam eſſe dicimus.

X. Quid ſi per errorem iuris filius paterfamilias factus promiſerit? Ut puta: emancipatus cum eſſet a patre non rite, atque ita vere filiusfamilias maneret, pecuniam mutuam accepit eo tempore. Deinde mortuo patre eamdem pecuniam expromiſit, quod putaret videlicet ſe ab initio vere [4] debuiſſe tanquam rite emancipatum. Qui error illi ex imperitia iuris naſcitur. Etiamne huic convento exceptionem eamdem dabimus? nam de eo tantum, qui per ignorantiam facti expromiſit, loquitur Pomponius in *d. L. ult. D. hoc tit.* Accurſius ibidem & in eo qui per errorem iuris promiſit, idem admittit. Quod & verum puto. Certi enim iuris eſt, errorem iuris in damnis amittendæ rei ſuæ nulli nocere. *L. error, D. de iur. & fac. ignor.* Tale autem damnum eſt, de quo hic agitur, Nam cum

filius

3) Exemplum hoc diſconvenit. Quia in hac ſpecie ſemper ab initio firmiter obligatus filiusfamilias ob iuſtam ignorantiam creditoris, vid. *ſupra C. 26.* Nec itaque quæſtioni de agnitione locus. Certe vix caſum dari poſſe puto, quo ignorantia ſtatus ipſi filiofamilias probabilis & iuſta, creditori iuſta non ſit, & per conſequens SC. deficiat. Ideoque ignorantiam facti in *d. L. ult.* non ad poteſtatem patriam refero, ſed ita accipio, ſi errore ductus putaverit ſe ex alia cauſſa, illo tempore quo non habebatur tantum, ſed & erat ſui iuris, accepiſſe & obligatum teneri.

4) Diſſent. noſter, & rectius, *Lib. 1. Comm. C. 21. N. 19.* vid. ſupr. *Lib. 1. C. 18. & ſeqq. coniunct. N. 3.*

Digitized by Google

filius nondum pecuniam ſolverit, non eam repetit tanquam amiſſam; ſed cum habeat, petitur ab eo, ut ſolvat, ideſt ut ſolvendo amittat, in quod damnum ne incidat, laborat.

XI. Et hactenus agnitio filii eſt. Sed cum dicamus poſt hanc agnitionem ceſſare ſenatuſconſultum Macedonianum, & denegari ſenatuſconſulti exceptionem. *L. 2. C. eod. L. ſed ſi pater, D. eod.* Quando generaliter hoc dicitur: diligenter monendi ſumus, non ſic eſſe accipiendum, quaſi ceſſet adverſus omnes, ſeu quaſi denegetur ſenatuſconſulti exceptio omnibus, quibus ante eam agnitionem competere cœperat. Denique longe diſſimilem eſſe effectum huius agnitionis filii ad confirmandam mutui obligationem, ab effectu agnitionis patris, qui mutuum filio datum poſtea agnoſcens ratum habuit. In quo tamen rurſum facile fuit falli vel propter agnitionis ſimilitudinem. Sic ergo habendum eſt. Pater mutuum filio datum ratum habendo, atque ita agnoſcendo, confirmat mutuum in omnes, adverſus quos iure civili actio eſſe potuiſſet, ſi non impediret ſenatuſconſultum: ut iam non teneatur ipſe tantum pater, qui mutuum comprobavit; ſed etiam filius, qui prius exceptionem habuit, & præterea eius obligationis acceſſiones omnes, ut fideiuſſores, & mandatores. Nuſquam hoc diſerte traditum legimus. Sed ſatis intelligitur ex eo, quod conſtitutum eſt iure de ratihabitione patris in hoc genere. Ius ita eſt, ratihabitionem hanc retrotrahi, & mandato comparari. *L. ult. C. hoc tit.* Atqui ſi patris mandatu & voluntate initio mutuum datum ſit filiofamilias, conſtat in totum ceſſare ſenatuſconſultum, & in totum conſiſtere eius mutui obligationem. *L. item, §. interdum,* illic, *quanquam D. eod.* Quare & in ratihabitione patris idem ius a veteribus ſuperiore illa definitione admiſſum eſt. Diſſimilis eſt agnitio filii. Hic ſui iuris conſtitutus mutuum agnoſcendo facit quidem, ut ceſſet ſenatuſconſultum: ſed adverſus ſe dumtaxat. Cæteris eius agnitio non nocet, ut patri, & fideiuſſoribus. Conſtat his iam ab initio quæſitam eſſe exceptionem ſenatuſconſulti, cum filiofamilias mutua pecunia data eſt, ignorante patre. Hanc exceptionem nullo conſenſu aut facto ſuo adimere potuit filius patri, *L. filius. C. de pact.* debitor fideiuſſori. *L. ult. D. de pact.* Et generaliter nemo alterius conditionem poteſt facere deteriorem. *L. ſolvendo. D. de pact.*

XII. Quo loco merito quæretur, cur potius agnitio patris noceat aliis eiuſdem pecuniæ filiofamilias creditæ reis, quam agnitio filii: cum pariter in utriuſque agnitione inſit comprobatio mutui, & velut ratihabitio quædam: traditum ſit autem ratihabitionem mandato comparari ex æquo in cauſſis omnibus. *L. ult. C. eod.* Sed differentiæ ratio non eſt admodum obſcura. Nam ut mutuum filiofamilias datum conſiſtat in omnes ex ſenatuſconſulto, duorum conſenſu opus eſt, filii & patris. Et hic conſenſus intervenit, cum pater mutuum filio datum poſtea ratum habet. Prius enim filius mutuum accepit conſenſu. Accedit deinde conſenſus patris, cum is ratum habet: & hic quidem ita, quaſi ab initio mutui interveniſſet. Quo fit, ut rebus ad hanc obligationem neceſſariis poſt agnitionem patris concurrentibus, iure in totum mutui obligatio conſiſtat. Nec metuemus, ne hoc caſu exceptio ſenatuſconſulti filio aut eius fideiuſſoribus quæſita videatur his adimi agnitione patris. Nam huius ratihabitio retrotracta ad initium mutui facit, ut nec videatur his ab initio exceptio quæſita. Non enim quæſita eſſet, ſi ab initio res geſta eſſet voluntate patris, ut ante dixi. Hoc contra fit, cum filius ſui iuris factus agnoſcit debitum ſolus; Apparet enim patrem nec conſenſiſſe antea unquam, nec nunc conſentire. Quæ res facit, ut non latius conſiſtat mutuum, quam ut agnoſcenti noceat, cæteris non noceat, qui non conſenſerunt. Neque hoc alia re magis confirmatur, quam ea definitione qua traditur, ratihabitionem mandato comparari. Ut enim concederemus agnitionem filii eſſe ratihabitionem, & cum initio mutuum accipit, videri eius mandatu fieri: tamen hoc ipſo efficeretur, mutuum adverſus patrem non confirmari: quia nec voluntate & mandato filii initio interveniente ita conſtitueretur mutuum, ut pater ignorans teneretur.

XIII. Sed quæcumque iſta vis eſt agnitionis filii ſaltem adverſus filium, animadverti oportet, hanc ſtatui nominatim in eo filio, qui ſui iuris conſtitutus debitum agnovit. *d. L. 2. C. eod.* Quid ergo, ſi filius cum adhuc eſſet in poteſtate idem fecerit? Apparet hoc dici inutilem eſſe agnitionem. Et vero id verbis & ſententia ſenatuſconſulti non obſcure efficitur. Verbis; quia filius debitum agnoſcendo, novum quodammodo mutuum contrahit, ut diximus, hoc autem cum filiofamilias contrahi vetant ſenatuſconſulti verba. Sententia ſenatuſconſulti, quia etſi reipſa hic mutua pecunia non dari intelligeretur a-

gno-

gnoſcenti: tamen ſaltem confirmaretur mutuum cum filioſamilias, quod ſenatus valere non vult. Ita agnitio eſſet in fraudem ſenatuſconſulti. *L. contra, L. fraus, D. de leg.* Utrumvis autem horum fiat, pariter iure improbatur. *L. non dubium, C. de legib.* Quid, ſi filius ultro ſolverit? Ipſe quidem non repetet, ut qui naturaliter fuerit obligatus. *d. L. ſed ſi pater*, §. pen. & ult. *L. quia, ſeq. D. hoc tit.* Sed an poterit pater repetere, vel ut vindicet nummos exſtantes a filio ſolutos, vel ut condicat conſumptos?

XIV. De quo paulo obſcurius ſcriptum eſt a veteribus. Sic autem res explicanda eſt. Certa ſunt genera eorum peculiorum, quæ in totum acquiſitionem patris effugiunt. Cuius generis ſunt caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, & interdum adventicium; illis caſibus videlicet, quibus placet eius peculii nec uſumſructum acquiri patri. De quibus dictum eſt ſuo loco. Hæc ut pleno iure ſunt filiifamilias, ita & liberam eorum adminiſtrationem habet. *L. 1. §. nec caſtrenſe, D. de coll. L. 2. L. 3. C. de caſtr. pecul. Lib. 12. §. 1. Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Quæ res facit, ut nummis ex hoc genere peculiorum a filioſamilias ſolutis, quia in hos nihil iuris habet, nulla etiam ſit illi eo nomine aut vindicatio tanquam de re ſua, aut tanquam de re a ſe profecta conditio. In eadem cauſſa eſt pecunia filio donata in hoc, ut eam ſolveret creditori; tanquam quæ magis profecta ſit a donatore, quam a patre aut a filio. *d. L. ſed ſi pater*, §. 1. *hoc tit.* Reliqua pecunia filiiſamilias tam profecticia quam adventicia omnis eſt patris. De profecticia conſtat. §. 1. *Inſt. per quas perſ. nob. acq* Adventiciorum quidem uſusfructus tantum datus patri novo iure. *Ibidem.* Sed & hac re maxime efficitur, ſolum patrem pecuniæ peculiaris quanvis obvenerit aliunde, eſſe dominum. Sic enim eſt uſusfructus pecuniæ numeratæ, & cæterarum rerum, quæ uſu conſumuntur, ut propter uſumfructum earum proprietas transferatur in fructuarium, ut diximus ſuo loco, & eſt in *L. ſi vini, D. de uſ. ear. rer. quæ uſu conſum.* Proinde quidquid iuris eſt domino ad rem ſuam a poſſeſſore repetendam, id ipſum & ad nummos huius generis repetendos tribuemus patri. Si quid aliorum dominorum non eſt, id nec patris eſſe intelligemus. Hac de cauſſa quod aliorum omnium dominorum commune eſt, pater idemque dominus nummos a filioſamilias ſolutos exſtantes vindicabit. *L. 3. in fin. pr. D. hoc tit. L. in rem. D. de rei vind. L. actionum, D. de oblig. & act.* Conſumptos etiam condicet, ſi condicat tanquam furtivos puta ab eo creditore qui ſciverit nummos eſſe patris. In quam rem eſt condictio furtiva. *§. ult. Inſt. de oblig. quæ ex del.* Quod ſi creditor bona fide nummos acceperit, tanquam qui eſſent peculii caſtrenſis, aut quaſi caſtrenſis aut donati filio ea lege, ut ſibi ſolverentur: nihil hic cum patre geſtum eſt, unde illi naſcatur eorum nummorum alia condictio. Nam alia ſi qua hic eſſe poteſt, una eſt condictio indebiti tanquam de nummis, qui indebiti ſoluti ſint a filio. At hi naturaliter debiti fuerunt. De condictione furtiva, quæ ex omni eventu, id eſt nummis etiam exſtantibus competit, cum loquerentur Iulianus & Ulpianus in *d. L. ſed ſi pater*, §. 1. merito hanc etiam de conſumptis patri competere dixerunt. De poſteriore, id eſt de condictione indebiti cum ſentiret Marcellus in *L. ſi filiusfamilias, D. ſi cert. pet.* recte hanc quoque patri in hac re competere negavit: ubi de hac diſtinctione dixi pluribus.

XV. Ergo ex perſona filii, quatenus tanquam filiusſamilias pecuniam accepit, vere dixerimus unam eſſe hanc cauſſam, cur ceſſet ſenatuſconſultum, & quidem adverſus ipſum filium dumtaxat, ſi is paterfamilias ſactus debitum agnoverit. Dubitari tamen poteſt hoc loco, ſi numeratio filioſamilias ſit utilis, idque aperte conſtet, num ſatis ſit cauſſæ ex perſona eius, cur ei denegari debeat ſenatuſconſulti exceptio. Quid enim, ſi acceptam pecuniam creditoribus ſuis ſolvit? quid, ſi nummi adhuc exſtent in peculio filii? Sed iam de unoquoque horum dixi ſuis locis, prout rei occaſio poſtulare videbatur, quod hic ſemel in univerſum dicendum eſt: placere nullam harum aut ſimilium cauſſarum efficere, ut creditori detur actio. Hinc intelligi ſuperiore cauſſa una excepta ex perſona filii, in totum ex perſona eius ceſſare ſenatuſconſultum. Quibus omnibus cauſſis exceptionum ſuperiorum cognitis, ſi paucis ſententiam ſenatuſconſulti complecti volemus, ſumma hæc erit; ſi creditor ſciverit, aut ſcire potuerit filiumſamilias eſſe eum, cui pecuniam credidit, quatenus nihil eius voluntate patris geſtum aut in rem eius verſum erit, creditori eo nomine neque in filiumfamilias, neque in patrem actionem dari. In filium ſui iuris factum actionem eſſe poſſe, ac re vera fore, ſi tum cum iam ſui iuris eſſet, debitum agnoverit.

CAP.

C A P. XXIX.

De interceſſionibus fœminarum: ſeu de ſenatuſconſulto Velleiano. Ac primum quid vetet ſenatuſconſultum de hoc genere: Et quæ interdicendi cauſſa. Quæ ſint officia virilia & civilia, a quibus fœminæ remotæ eſſe dicuntur. Quid intercedere pro alio, & quam varie hoc modo intercedatur. Tum de uxoris contractibus cum marito, aut pro marito initis.

Quod Macedoniaunm S. C. filiisfamilias; Hoc idem mulieribus Velleiaunm. I.
Tria Velleiani, uti & Macedoniani ſumma Capita. II.
  1. *Vetitum, ne mulieres intercedant. Prohibitionis ratio explicatur.* III.
Intercedere quid ſit: duplex interceſſionis modus, & qui. Uterque S. C. continetur; & quomodo. IV.
Res ſuas obligat mulier una conventione dumtaxat; pro alio ſeipſam tribus modis. V.
  1. *Novatione. Quid hæc.* VI.
  2. *Alienæ obligationi accedendo. Quatuor iſtius obligationis modi ſinguli obiter explicati.* VII.
  3. *Cum ſola ſe ream conſtituit pro alio, quem obligari oportebat. Hæc obligatio quomodo ad interceſſionem pertineat.* VIII.
  Ulpianus in L. 2. D. ad Sen. C. Velleian. §. omnis *illuſtratur.* IX.
  Methodus, & propoſitum Auctoris. In omni interceſſione duo ineſſe. X.
  1. *Rerum ſuarum, aut perſonæ mulieris obligationem.* XI.
  Ideo nec ſolutionem mulieris pro alio; nec aliud, quod vicem ſolutionis teneat; nec pignoris remiſſionem a muliere factam Velleiano prohiberi; & quare. XII. XIII. XIV.
  2. *Mulieris obligationem pro alio.* XV.
  Nec itaque S. C. iuvari, cum ſpecietenus alienam, ſed ſuam revera ſuſcipit obligationem. Tria id genus explicantur exempla. XVI.
  Contra omnino, ſi mulier vel cum fraude S. C. ſuam, ſed revera ſuſcepit alienam; & quomodo. XVII.
Nihil intereſſe, ſi etiam pro patre, filio, aut marito interceſſerit. XVIII.
  Quid novi a Iuſtiniano in interceſſione mulieris pro marito conſtitutum. XIX.
De authenticæ si qua mulier, Cod. ad S. C. Velleian. *interpretatione.* XX.

I. QUod filiisfamilias datum eſt in pecunia credita, hoc mulieribus datum eſt in interceſſionibus, ne & hæ eo nomine teneantur. Prius effectum ſenatuſconſulto Macedoniano, poſterius [a] Velleiano, de quo ſequitur, ut dicamus. Sic enim & huius ſententia cognita, efficiet, ut qualis ſit mulierum obligatio, intelligatur. Extat ſenatuſconſultum in *Lib. ſecundo D. ad ſenatuſcon. Velleian.*

II. Habet autem eius ſententia eaſdem illas partes tres, quas ſuperius Macedonianum. Nam primum vetat ne mulieres intercedant. Secundo loco, ſi contra factum ſit, auxilium tribuit adverſus interceſſionem. Poſtremo intellectum eſt ex ſententia, ne huic quidem auxilio ſemper locum eſſe in interceſſionibus mulierum. Ut huius ſenatuſconſulti tractatio & cognitio contineatur iiſdem illis capitibus; prohibitione interceſſionis; auxilio ſenatuſconſulti adverſus interceſſionem; & huius auxilii exceptionibus. De quibus dicemus ordine.

III.

a) Cui a Velleio conſule nomen eſt, per *d. L.* 2. §. 1. ubi male Catellian. Cotta *in Memoral. v. Annona* ad voculam *Conſules*, adiicit vocem *ad* vel *apud*, quaſi Silanus & Velleius non Conſ. fuerint, ſed ad Conſules hanc rem propoſuerint. Nec etiam ſat cauſſæ, cur Hotom. 1. *Obſerv.* 14. Briſſ. *Lib.* 2. *Formul.* ibidem eiecta voce *conſuluerunt*, ſubrogent vocem *cenſuerunt*. Eſt enim vero *conſulere* mediæ ſignificationis. Ac licet qui proponebant factum, de quo ius conſtitui deberet, conſulere dicebantur, nec minus tamen & qui cenſebant.

Virgil.

Conſulite in medium, & rebus ſuccurrite feſſis.

Quin notationi vocis convenit magis v. *conſulere* quam *cenſere*.

III. Primum ergo ſenatuſconſultum Velleianum vetat, ne [2] mulieres pro aliis intercedant. *d. L.* 2. *D. eod.* Unde factum, ut veteribus hoc ſenatuſconſultum dicatur ſenatuſconſultum de interceſſionibus, ſeu ſenatuſconſultum de interceſſionibus fœminarum. Quod ſimpliciter ita dicunt, dum notari volunt Velleianum: quia ſcilicet eo ſenatuſconſulto cautum eſt de interceſſionibus mulierum. Sic eſt circumlocutio huius ſenatuſconſulti in *L. qui exceptionem, D. de cond. ind. L.* 2. *L. quamvis, L. ſi adverſarius, C. ad Vell.* Prohibendi ratio expreſſa ſenatuſconſulto his verbis: *cum fœminas virilibus officiis fungi, & eius generis obligationibus obſtringi non ſit æquum.* Sed cur non æquum? Æquitatis ratio ex conditione ſexus; quia eius ſexus magna infirmitas eſt, & facilitas, quibus fit, ut mulieres opportunæ ſint aliorum inſidiis, & multis caſibus ſuppoſitæ & obiectæ: ratio Ulpiani in *ead. L.* 2. *§.* 1. *D. eod.* Virilia officia hic dicuntur, quæ in eadem re civilia in *L.* 1. *D. eod.* Civile & virile officium in uſu iuris dicitur a veteribus omnis pertractatio vel publica vel privata rerum ad alios pertinentium: vel omnis opera, quæ in rebus & negotiis alienis cognoſcendis, tractandiſve ponitur. Cuius generis hæc ſunt quinque, iudicem eſſe, magiſtratum gerere, pro alio poſtulare, alterius procurationem in iudicio ſuſcipere, intercedere pro aliis. A quibus omnibus ideo remotas eſſe fœminas traditur in [3] *L. fœminæ, D. de reg. iur.* ſed omnium æquiſſime ab interceſſionibus & interventionibus, ut Paulus explicat in *d. L.* 1. Nam ſi cætera, inquit, adempta ſunt fœminis, cum tamen in his ſola opera verſetur: multo magis eis adimendum fuit id officium, in quo præter operam & miniſterium accedit periculum rei familiaris. Dicuntur autem hæc officia virilia, quia virorum ſunt propria, ſeu quia ſolis viris conveniunt. Civilia, quia ſunt eiuſmodi, quæ cives inter ſe alii aliorum cauſſa agitare ſoleant.

IV. Sed redeo ad prohibitionem. Vetat igitur Velleianum ob ſupra ſcriptas cauſſas, ne mulieres pro aliis intercedant. Intercedere eſt id, quod aliis verbis ſenatuſconſulto exprimitur, pro aliis ſe reum facere. Id fit genere ipſo dupliciter; aut ſe ipſum obligando, aut obligando res ſuas pignori pro alio. Quæ ſe pro alio obligat, nulla dubitatio eſt, quin intercedat; pertinetque ad prohibitionem ſimul & auxilium ſenatuſconſulti. Ea eſt enim, quæ proprie ſuſcipit alienam obligationem. Quod quæ facit, procul dubio eſt hanc intercedere. *L.* 2. *§. ultim. L. quanvis, §.* 1. *D. eod.* De pignoris datione potuit dubitari; quoniam qui obligat res ſuas pignori, non ſe aut perſonam ſuam obligat, ſed tantum res ipſas, ut ſi caſu eas non poſſidebit, nullo modo actione hypothecaria teneatur. *L.* 2. *C. ſi unus ex plur. her. cred.* Senatuſconſultum autem intercedere interpretatur ſe reum pro alio facere. Quod nihil aliud eſſe videtur, quam ſe pro alio debitorem conſtituere. Sed placuit non minus & eam intercedere videri, quæ pro alio debitore res ſuas obliget pignori. Idque eſt quod veteres dixerunt, etiam pignoris dationem interceſſionem facere. *L. quanvis,* in princ. *D. eod.* Quod eo pertinet, ut intelligamus non minus & hanc prohiberi ſenatuſconſulto Velleiano, appellatione interceſſionis, nec minus in ea iuvari mulierem ſenatuſconſulto. Neque ſenatuſconſulti verba refragantur. Reus enim non debitorem ſolum ſignificat, ſed omnem, cum quo agi poteſt. *L.* 3. *D. de iureiur.* Itaque & is, cum quo agi poteſt in rem reus eſt. At huic actioni ſe ſubiicit, quæ res ſuas pignori obligat quanvis non obligata. Facit enim, ut dum res pignoratas poſſidebit, aut dolo fecerit, quominus poſſideret, ſemper conveniri poſſit hypothecaria actione in rem, quæ ex pignoris conventione naſcitur. *§. item Serviana, Inſt. de act. L. pignoris, D. de pign.* Quare & quæ res ſuas pignori obligat pro alio,

2) Omnes *d. L.* 2. *§.* 1. Ergo & virgines ac incorruptæ (quas ſignatas vocat Nonius. Gruter. 3. *Suſpic.* 9.) Quo pertinet *L. mulieris* 13. *de Verb. Sign.* Sexum enim, non ſexus qualitatem removit Senatus ab interceſſionibus, fragilitatem ſpectans conſilii. Quin maior ratio pro virginibus ne virilia negotia tractent. Ideo autem viripotentum mentio, in *d. L.* 13. quia impuberes puellæ ob ætatis imperfectionem removentur, ita Gœdd. in *d. L.* 13. *princ. n.* 4. 5. *&* 6. Nec rarum eſt ut virgo mulier vocetur *L.* 14. *§.* 7. *de ad. ed. L.* 25. *§.* 9. *de auro & argen. leg. L.* 81. *§.* 1. *de leg.* 3.

Sic Virgil. Lib. 11. Æneid.

Advenit qui veſtra dies muliebribus *armis*
(Camillæ virginis intelligit)
Verba redargueret . . . .

Quin &, quod magis mirum, nuptam vel corruptam, virginem vocari legimus. Locos proferunt Gœd. *d. loc. n.* 6. Valent. Guil. Forſt. 1. *Obſ. ſucciſ. c.* 15. Quibus adde Auguſtin. *C. ſi virgo* 5. *Cap.* 34. *Q.* 1. & Terent. *in Eunuch. Act.* 4. *Scen.* 3. *&* *Act.* 5. *Sc.* 1. utrobique de Pamphila: *Virgo lacrymat.* & *Act.* 5. *Sc.* 2. bis idipſum *Virgo*. Adeat, cui lubet, Connan. 7. *Comm.* 6. *n.* 5. Brechæ. & Forner. *ad d. L.* 13. *de Verb. Sign.* Forcat. *Dial.* 21. *n.* 4. Sc. Gentil. 1. *Parerg.* 16.

3) Ubi tamen voculam *intervenire*, non ad interceſſionem hoc SC. vetitam, ut Rævar. *ibid.* ſed ad defenſionem quæ fit in iudicio, ſine mandato, refert P. Fab. *in d. L.* 2. Quo faciunt ſeqq. *nec procuratores exiſtere*, quod intelligendum in iudicio, non extra iudicium. *L.* 3. *de neg. geſt.* Maius autem hic damni periculum, quam in cognitoria vel procuratoria opera, ubi nudum miniſterium impenditur. Hortenſ. *ad L.* 1. *h. t.*

alio, ea ſe pro alio ream facit, & quia facit etiam interprete ſenatuſconſulto, intercedere intelligitur. Sed etſi ream debitricem intelligeremus, ſeu eam quæ aliquid præſtare deberet: tamen & reæ verbum ei quæ pignus dediſſet recte conveniret. Non obligat ſe recta, quæ pignus dedit. At ſe obligat per conſequentiam, ut tantumdem præſtet. Rebus enim pignori datis aut cogetur eas amittere, aut pignus luere, ideſt pecuniam ſolvere creditori, pignoris liberandi cauſſa. Ex quo illi eadem neceſſitas eſt præſtationis. Quocirca & hac ratione, quæ pignus dat pro alio, ut ſe ream facit, ita & intercedit. Quia tamen non continuo id intelligitur, ſed ratione effectum eſt a veteribus, ideo recte dictum eſt in *L.* 4. *C. eod.* ſenatuſconſultum Velleianum admiſſum eſſe in obligationibus rerum earum, intellige mulierum, de quibus eo reſcripto agebatur. Admitti dicitur, quod poſt nonnullas dubitationes tandem pluribus ſententiis vincentibus, obtinet.

V. Obligat mulier res ſuas uno modo, quo eodem & pignus omne contrahitur, nempe conventione nuda, etſi res tradita non ſit. *L.* 1. *D. de pign. act.* Se autem obligat pro alio tribus [4] modis, qui indicantur in *L.* 4. *C. hoc tit.* aut alienam obligationem in ſe transferendo; aut alienam participando; aut cum alius obligari deberet, ſolam ſe ream pro eo conſtituendo: quæ totidem ſpecies ſunt, in quibus interceſſionem ineſſe, eoque & rem ad ſenatuſconſulti auxilium pertinere intelligimus.

VI. Alienam obligationem in ſe transfert, quæ novationis cauſſa id promittit, quod prior debitor debuit. Quo facto & ille liberatur, & nova obligatio confertur in ſolam mulierem. Eſt enim novatio, prioris obligationis in aliam transfuſio. *L.* 1. *D. de novat.*

VII. Participat alienam obligationem, quæ vetere debitore manente obligato, ſe eius obligationi ream adiungit: vel, cum eamdem obligationem una in ſe ſuſcipit, quo verbo utitur *L.* 1. *C. eod.* Id autem fit quatuor modis: fideiubendo, mandando, conſtituendo, defenſionem debitoris ſuſcipiendo. Qui fideiubet pro alio, is obligatur iure civili, eaque obligatio non tollit principalem obligationem, ſed ei accedit. *Inſt. de fideiuſ.* in princ. & *§. fideiuſſores.* Mandando ſe pro alio obligat mulier, cum mandat alicui, ut pecuniam credat debitori futuro, vel ut cum eo aliquid gerat, quo is obligetur; ubi & debitor obligatur creditori, & mulier eidem creditori mandati: ut ſunt exempla in *L.* 2. *verſ. aliena*, *L.* 6. *§. ſi tibi*, *D. mand.* Conſtituendo pro alio ſe ſoluturam mulier ſimiliter ſe obligat iure prætorio, eaque etiam principalis obligationis acceſſio eſt. *§. de conſtituta Inſt. de act.* Ideo & tres hæ ſpecies acceſſoriarum obligationum inter ſe comparantur in *L. ult. C. de conſt. pec.* Defenſionem pro alio ſuſcipiendo mulier aperte alienam obligationem in ſe ſuſcipit, cum & iudicatum ſolvi ſatiſdatione ſe obſtringat. *L. qui proprio*, *§. qui alium*, *D. de proc.* & ſine ſatiſdatione obligetur iudicati, quia iudicato contrahitur. *L.* 3. *§. idem ſcribit*, *D. de pecul.* Ideo & hanc proculdubio intercedere traditur in *L.* 2. *§. ult. D. hoc tit.*

VIII. Cum alius obligari deberet, mulier ſola ſe ream conſtituit: veluti, cum creditor alicui petenti pecuniam, cui non ſatis fidit, adhibet mulierem, cui credat, ut ſic deinde pecunia ad illum perveniat. Ubi apparet mulierem ſolam re obligari: illum alterum, qui nihil accepit a creditore, non obligari. Placet nihilominus hic mulierem intercedere, & locum eſſe [5] ſenatuſconſulto. *L.* 4. *L. ſi adverſarius*, *C. eod.*

4) Duaren. *h. t. C.* 2. Belle Cuiac. 4. *ad African. in L.* 19 *h. t.* Intercedere eſt recipere alienam obligationem, veterem aut novam. *L.* 8. §. 1. *d. L.* 6. *C. h.* Veterem, participando, ſi fideiubeat, mandet, conſtituat, pignori det: aut eam in ſe transferendo. *L.* 4. *C. h.* ſi expromittat ubi fit novatio, ſi defendat, nam & hoc caſu quaſi novatio fit *L.* 2. *C. de pact.* Novam, id eſt quam alius ſubiturus erat, ſi cum alius mutuum accepturus, interpoſita ſit mulier, quæ acciperet. Hinc Senatus notat duas ſpecies interceſſionis: Fideiuſſiones & Mutui dationes, *d. L.* 2. §. 5. Ubi non eſt quod Hot. 1. *Obſ.* 15. *in fi. &* 4. *Obſ.* 15. *& in Epitomat. D. h. t. n.* 9. exſibilatis vocibus *mutui dationes*, ſubſtituat *mutuationes*, quia, inquit, non credendo, ſed accipiendo pro alio, ſive ut vulgo, non activa, ſed paſſiva obligatione mulier intercedit. Mutuatio eſt debitoris, mutui datio creditoris. Hinc *mutuandi* verbum in *L.* 19. *pr. &* §. *ult. L.* 19. §. *ult. h. t.* §. Sed bene eſt ſi & mutui datio ad debitorem referri poteſt, uti refertur in *L. civitas* 27. *de reb. cred.* Quin etſi non poſſet, ſalva vulgaris lectio. Nec enim Senatus vocat mutui dationes fœminarum, ſed *quibus interceſſerint fœminæ*. Intercedit autem fœmina dationi creditoris, non acceptioni debitoris futuri, cui poſtea eam dat pecuniam. Concinnior itaque recepta lectio correcta. Sed nec probabilius, Hortenſ. *in d. L.* 2. interiectis & tranſpoſitis vocibus legit, *quibus aliis modis*, pro *aliis &c.*

5) Quod non contra ſententiam tantum SCti, cui ſic fraus fieret, ut Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 986. Sed imo contra verba, vid. *N. praced.* Sed hoc ita, ſi revera is pro quo ſe ream conſtituit cum illo altero contracturus *d. L.* 8. §. 14. Non ſi ab alio mutuum accipiat, idque deinde alteri det. Vid. *L.* 4. *L.* 10. *C. h. t.* Non ſi *iuxta fidem veri*, accipiat, quam convertit in uſum mariti *L.* 13. *C. h. t.* ubi Hotom. 6. *obſ.* 2. pro *licet* reponit, *niſi*, aientia negantibus commutans, quia ſub ſpecie muliebris nominis interceſſio occultari videatur. Male. Verba enim legis de eo qui *iuxta fidem veri* dedit. Ac licet ſciverit mulierem nummos in rem mariti verſuros, non tamen eo fine dedit ut verteret.

C. eod. L. quanvis, §..pen. D. eod. Merito. Obligat enim ſe pro alio, non quidem obligato, ſed quem obligari conveniebat, ut ad quem ſolum rediret eius contractus utilitas, cuius etiam nomine res gerebatur.

IX. His modis ſe pro alio obligandi cognitis, quas eaſdem interceſſionis verbo contineri dicimus, intelligi iam poteſt, quid ſit, quod Ulpianus ſcribit in *L. 2. §. ult. D. eod.* omnem omnino obligationem ſenatuſconſulto Velleiano comprehendi, *ſive verbis, ſive re, ſive alio contractu mulieres interceſſerint*. Intercedit verbis mulier per ſtipulationem, cum novationis cauſſa obligationem in ſe transſert. Item cum fideiubet: item cum ſatiſdat iudicatum ſolvi, ut ſuis locis dicetur. Re intercedit, cum accipit pecuniam pro alio, ſciente creditore. Sed & cum iudicium alieno nomine ſuſcipit; ubi iudicati contrahitur obligatio, quam ex re naſci ſuo loco diximus. Alio contractu intercedit, cum ſe pro alio obligat ſolo conſenſu: quod fit, cum mandat pecuniam alii credi, aut quod alius debet, conſtituit ſe ſoluturam. Nam & mandatum, & conſtitutæ pecuniæ obligatio ſolo conſenſu contrahitur. *L. 1. D. mand. §. de conſtituta, Inſt. de act.*

X. Atque hoc intercedere eſt. Nunc de vi definitionis, quod valeat ad rationem iuris cognoſcendam, videamus. Et definitio hoc efficit, ut in quo facto ea concurrunt, quæ ſuperiore definitione complexi ſumus, id ſenatuſconſulto improbetur. In quo autem quid eorum deeſt, non improbetur. Quocirca pertinet ad utriuſque partis cognitionem recte ſtatui, quas res exigat ſuperior definitio ad interceſſionem. Licet autem animadvertere duas exigere: unam, ut mulier vel ſe, vel res ſuas obliget: alteram, ut obliget pro alio. Sit ergo hoc iam conſtitutum, ubi hæc ſunt, locum eſſe Velleiano propter interceſſionem. Si quid eorum deſit, ſublata interceſſione ceſſare ſenatuſconſultum. Id unaquaque harum partium ſeparatim poſita, facilius intelligetur.

XI. Primum igitur exigimus, ut ſe mulier obliget, aut res ſuas. Hinc efficitur, quidquid mulier gerat, faciat cum alio, quidquid pro alio impendit de ſuo, ſi ſe aut res ſuas non obliget, Velleiano non infirmari; quia ſe aut res ſuas non obligans non intercedat. Huiuſmodi facta genere ſunt duo; quæ ob id ut interceſſionem non habentia, eoque nec prohibita ſenatuſconſulto, placet ad ſenatuſconſulti auxilium non pertinere: ſolutio mulieris pro alio, & pignus a muliere remiſſum debitori.

XII. De ſolutione mulieris ita placuit: mulier pro alio ſe obligare prohibetur: pro alio ſolvere uſque adeo non prohibetur, ut ſi ſolverit, cum quidem pro debitore prius non eſſet obligata, nullum ſit [6] auxilium ſenatuſconſulti ad repetitionem. Scilicet, quia non intercedit, quæ ſolvendo ſe non obligat. *L. 4. D. hoc tit. L. 1. L. 4.* in fin. *C. eod.* Potuit tamen prima ratione videri hoc abſurde conſtitutum a veteribus, & contra mentem ſenatuſconſulti. Eſto enim, non intercedat mulier, quæ ſolvit pro alio, eoque & verbis ſenatuſconſulti non contineatur: attamen erat æquiſſimum, idque ratio & mens ſenatuſconſulti exigere videbatur, ut cui obligatæ tanquam læſæ ſuccurritur, ei multo magis, cum iam ſolvit, & pecunia certo ei abeſt, debeat ſuccurri. Convenit enim ubi maius damnum & periculum intenditur, ibi magis ſubveniendum eſſe. *L. 1. §. ſed ſi quis, D. de Carb. ed.* Maius autem & certius damnum in ſolvendo pro alio, quam in ſe obligando: cum ei quæ ſolvit, ſtatim pecunia abſit: ei autem quæ ſe tantum obligat, fieri poſſit, ut nunquam abſit pecunia, quia ſcilicet debitor ſolvet poſtea, ut ſe, & mulierem ſimul liberet. Et eſſet ita omnino, ut cui pro alio obligatæ ſuccurritur, dicendum eſſet ei pro alio ſolventi multo magis ſuccurri debere: eſſetque id omnino ex mente ſenatuſconſulti, quia ex ratione. Arg. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* ſi quidem prohibendo interceſſionem mulierum propoſitum eſſet ſenatuſconſulto, ne mulieres damno afficerentur. Fatendum enim eſſet, quod ſupra dixi, ubi maius damnum verſaretur, ibi multo magis fuiſſe ſuccurrendum. Nunc autem ſenatuſconſulti conſilium eſt in hac re conſulere infirmitati ſexus, qua facile induci poſſunt fœminæ, ut ſe pro alio obligent. Tolle hanc facilitatem aliquid per infirmitatem faciendi in re aliqua, in qua nec mulier ſe obliget. Ceſſabunt & verba & mens ſenatuſconſulti, ne id factum improbetur.

6) *L. 8. §. 5. h. t.* Obiicit Goth *ad d. L. 4. C. h. L. ult. §. 2. D. h. t.* Hortenſ. *ibid.* verba *& tradidit*, irreptitia cenſet, quia, inquit, tradendo tantum pro viro ſolviſſet. Quomodo quæſo, cum vir nec fuerit obligatus, quippe qui non vendiderit. Nec conditio adiecta eum obligare potuit *L. 83. pr. de V. O.* Vera autem ibi interceſſio, quia mulier obligationem in ſe ſuſcepit vendendo; quæ non perempta eſt traditione, cum adhuc emptor teneatur de evictione. Id autem actum fuit ut commodum contractus marito quæreretur.

Atqui hæc facilitas metuitur, cum mulier, ſe pro alio obligat. In ſolvendo aut donando pro alio non metuitur. Facile mulier ſe obligabit pro alio, dum tunc nihil præſtat de ſuo; exiſtimans videlicet fore, ut nec præſtet poſtea, perſuaſa a debitore, qui ſe diceret paulo poſt certe ſoluturum ita, ut nihil inde eſſet damni aut periculi mulieri metuendum. Ac multæ ſunt artes, quibus adducatur mulier, ut credat debitorem eſſe locupletem, & virum bonum, quique nollet mentiri. At ubi præſens damnum eſt, ut mulieri iam expedienda ſit pecunia in præſentia: hic non eſt metuendum, ne ea per infirmitatem donet aut dependat de ſuo. Conjectura ducta ex affectu omnium hominum; quos ita conſtitutos eſſe conſtat, ut nemo facile iactet ſuum. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* Augeturque hæc voluntas in [7] mulieribus ex conditione ſexus. Quominus enim fœminæ habere ſe aut poſſe putant, eo magis cavent, ut quod habent, retineant. Hoc voluit Ulpianus in *d. L.* 4. *D. eod.* cum ſuperiori obiectioni velut occurrens in hac ſpecie, ait ſenatum *obligatæ mulieri* ſuccurrere voluiſſe, *non donanti; & hoc ideo, quia facilius ſe mulier obligat, quam alicui donat*. Non negat maius damnum eſſe in donando; ſed negat hoc damnum ſpectandum in ſenatuſconſulto, quia ſenatus facilitati mulierum ſuccurrere voluerit, non damno. Hanc autem facilitatem ſubeſſe ait ad ſe obligandum, non ad donandum. Quod cuiuſmodi eſſet, quia brevius dictum erat, nec ſatis intelligebatur, quo ſpectaret, quamve rationem haberet, ideo plenius explicare operæ pretium putavi.

XIII. Solutione mulieris recepta pro alio, conſequens fuit, ut reciperetur quidquid mulier liberandi debitoris cauſſa fecerit, quod ſolutionis, non obligationis vim haberet: puta, ſi ſolverit aliud pro alio; ſi debitorem ſuum [8] delegaverit creditori alieno. *L. nec intereſt* 5. *D. hoc tit.* Aliud pro alio volenti creditori recte ſolvitur. *L. manifeſti, C. de ſolut.* Solvit & creditori is, qui reum delegat. *L. quanvis*, §. *interdum*, *D. hoc tit.* Cum enim delegatus ſolvit noſtro nomine, perinde eſt, quaſi ipſi ſolviſſemus. *Inſt. quib. mod. tol. obl.* in pr. Sed etſi is ſolvendo non ſit, tamen delegato eo nobis abeſſe pecunia videtur: quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum, ut eſt in *L. inter*, § *abeſſe*. *D. mand.* Sed hæc omnia, ut dixi, ita ſunt, ſi pro alio ſolverit mulier, cum prius obligata non eſſet, quæ conditio nominatim adiicitur in *d. L.* 1. *C. hoc tit.* Nam, ut hoc explicatur in *L. quanvis, C. eod.* ſi præcedente obligatione, quam ſenatuſconſultum de Interceſſionibus efficacem eſſe non ſinit, ſolutionem fecerit, eius ſenatuſconſulti beneficio munitam ſe ignorans; locum habet repetitio. De quo poſtea in auxilio huius ſenatuſconſulti.

XIV. In eadem cauſſa cum ſolutione eſt pignoris remiſſio. Quanvis mulier rem ſuam, aut ſibi ab alio oppignoratam alii creditori pro eius debitore pignori dare non poſſit: tamen pignus a debitore ſuo acceptum utiliter ei [9] remittit ipſius cauſſa, quo pecuniam ſub eo pignore facilius reperiat; quia ſcilicet hic nec ſe, nec res ullas ſuas obligat, eoque non habet ea res interceſſionem *L. quanvis*. in pr. *D. eod.*

XV. Alterum erat quod ad definitionem interceſſionis requiri diximus, ut pro alio ſe mulier obliget. Quod quibus modis, fiat ſupra a nobis demonſtratum eſt. Sed non ut modi ſe pro alio obligandi certi ſunt; ita & illud ſemper certum eſt, pro alio mulierem ſe obligaſſe, ſive alienam obligationem in ſe ſuſcepiſſe. Eſt enim cum prima facie alienam ſuſcepiſſe mulier obligationem videatur, revera autem [10] ſuam ſuſceperit, ac propterea non ſit æquum eam Senatuſconſulto adiuvari, ut Caius ſcribit in *L. aliquando*, 13. *D. ad SC. Velleian.* Quæ res exemplis aliquot propoſitis fiet illuſtrior.

XVI. Et tria adfert eodem loco Caius. Primum eſt, ſi ancilla ob pactionem libertatis expromiſſore dato, poſt manumiſſionem id ipſum ſuſcipiat, quod expromiſſor debeat. Expromiſſorem dominus ab ancilla accepit, quia non obligatur ſervus re in ſervitute geſta poſt manumiſſionem. *L. ſi furem, D. de fideicom, liber.* ne

ipſi

7) Rarum dicitur *L.* 16, *in fi. Cod. de don. ante nupt*, & contra ſexus naturam *L.* 33. §. 1. *de don. in vir.* ut fœminæ donent, cum ſint avaræ, de quo vid. Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 43. & 3. *ſeqq.* Hieron. Panſchman. *Lib.* 2. *Q.* 5. *n.* 25.

8) Si delegaverit debitorem ſuum creditori meo. Quod ſi delegaverit non debitorem quaſi debitor eſſet, quia obligatur mandati, in eo diſtinctio eſt, de qua Cuiac. 4. *ad Afr. in L.* 19. §. *ult. h. t.*

9) Et poteſt remittere Ius hypothecæ, quod in bonis mariti habet dotis nomine *L.* 11. *L.* 21. *C. h. t.* Si tamen dolo ad id inducta, per actionem in factum, quæ doli ſubſidiaria, reſtituetur hypothecæ, dabiturque utilis hypothecaria contra eos, in quos res alienatæ. Cuiac. *Conſ.* 18.

10) Adde Dum *h. t. C.* 2. *ſ.* 987. Cuiac. 9. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* Hortenſ. *ibidem*.

Digitized by Google

ipſi quidem expromiſſori in hac ſpecie tenetur, niſi actione ſubſidiaria de dolo. *L. & eleganter, §. ſervus pactionis, D. de dol.* Sed nos proponimus hoc loco libertam ſponte fidem agnoviſſe, & volente domino obligationem expromiſſoris in ſe ſuſcepiſſe. Dicimus non adiuvari eam SC. Velleiano, quaſi interceſſiſſet. Suam enim obligationem revera ſuſcepit non alienam; res geſta eſt in utilitatem ipſius, pro libertate. Secundum exemplum eſt, ſi mulier hereditatem emerit, & æs alienum in ſe transferat, ideſt, ſi creditoribus hereditariis promittat ſe ſoluturam, non tenetur illis emptor hereditatis: ſed venditor, utpote, heres. Sed ſi mulier eam obligationem in ſe ſuſcipiat, non interceſſit: quia in rem ſuam ſe obligavit, negotium ſuum geſſit. Nam venditor idemque heres ſi ab hereditariis creditoribus conveniretur, haberet ad emptorem hereditatis, ideſt, ad mulierem regreſſum. *L. 2. D. de hered. vel act. vend. L. 2. C. eod.* Tertium eſt, ſi pro fideiuſſore ſuo intercedat: eadem ratio, quia fideiuſſor habet adverſus eam mandati actionem, & quia ipſa principalis debitrix eſt. Senatuſconſulti autem exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipſa nihil debet, ſed pro alio debitore apud creditorem eius interceſſit. Ut eſt in *L. 2. C. ad SC. Velleia.* Quo in loco ſpecies alia ad hanc definitionem pertinens proponitur, ſi videlicet pro creditore ſuo ſe alii obliget, dum pro eo fideiubet, aut a creditore ſuo ſe vel debitorem ſuum delegari patitur, ut ſic creditor liberetur, ipſa vel debitor eius teneatur: id enim delegationis verbum ſignificat. *L. delegare, D. de novat. L. 1. & 3. C. eod.* Alia exempla (ne diutius in his colligendis atque explicandis immoremur) paſſim in *hoc tit. ad SC. Velleian.* veluti in *L. ſi pro aliquo.* 19. *L. ſi mulieri,* 15. & *L. ſi mulieri,* 22. in *L. debitrix,* 24. occurrunt.

XVII. Sed ut in his exemplis mulier prima facie, ut Caius loquitur, alienam, revera autem & in effectu ſuam obligationem ſuſcipit: ſic etiam viceverſa accidit, ut ſuam videatur ſuſcepiſſe, cum revera ſuſceperit alienam, qua re ſæpe Senatuſconſulto fraudem fieri videmus. Cum mulier non pro aliquo debitore, vel debitore ſeſe obligat: ſed ſe ab initio ream conſtituit, nullo modo intercedere videtur, *d. L. 3. C. hoc tit.* Et tamen ſi quis erat contracturus, ſeque obligaturus, veluti pecuniam mutuo ſumpturus, & a muliere impetrat, ut ipſa mutuum iſtud contrahat, quo deinde ad ipſum pecunia perveniat, in hac cauſſa mulierem vere interceſſiſſe, & Senatuſconſulto adiuvari placuit. *L. 4. L. ſi adverſarius, C. eod. tit.* quod & ſupra attigimus.

XVIII. Diligenter ergo iudici hoc rimandum eſt, ac pervidendum, ut in omni contractu mulieris, contractus cuiuſque cauſam atque initium conſideret, tum de interceſſione iudicet. *L. ſi procuratorem,* in princ. *D. mand.* Si interceſſiſſe revera pro alio deprehendetur, nihil refert, pro qua perſona interceſſerit, ut Senatuſconſulto adiuvetur: etiamſi perſona ſit coniunctiſſima, veluti, pater, filius, maritus. Interceſſione quidem remota, certiſſimum eſt, neminem ex alterius contractu obligari, vel pro alio conveniri poſſe: quantumvis coniunctionem perſonarum proponas. Quo pertinet Titulus ille Cod. *Lib. 4. Ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, vel mater pro filio conveniatur.* Item alius: *Ne filius pro patre, vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel ſervus pro domino conveniatur.* Interceſſione autem interveniente, unuſquiſque horum (ſervus pro nullo habetur) pro alio obligatur ac conveniri poteſt: excepta muliere, quæ pro [11] nemine intercedens obligatur non pro patre. *L. ſi paternam, C. ad Senatuſc. Velleian.* non pro filio, *L. ſi cum ipſe, 3. C. eod* non pro [12] marito, de quo paſſim plurimi extant loci; cum tamen maritus fideiubendo pro uxore, vel alias intercedendo firmiter teneatur. *L. 3.* in fin. *C. Ne uxor pro mar. L. Seia mancipia, D. ad S. C. Velleian.* Imo, quod plus eſt, pro marito multo minus tenetur, quam pro aliquo extraneo. Quo facilius ſe mulier pro marito, quam pro aliis obligat, eo magis in marito ſubveniendum ei fuit.

XIX. Quam ad rem inſignis eſt Conſtitutio novella Iuſtiniani. *Auth. ſi qua mulier, C. ad Senatuſc. Velleian.* in qua duo nova pro muliere conſtituta ſunt, quæ pro marito interceſſerat. Primum eſt, ut ipſo

11) Etſi pro ſervo alieno, de quo probabiliter dubitatum *L. ult. §. ultim. h. t.* Sed etſi pro muliere interceſſerit Paul. 2. *sent.* 11. §. 1. & per verba, *pro alio L. 1. pr. h. t.* & quia non utraque periclitatur, ut locus ſit regulæ: Privilegiatus contra privilegiatum &c. ſed ſola quæ interceſſit. Hortenſ. *ad L. 1. h. t.*

12) Male autem generatim hæc ratio redditur, quia per interceſſionem uxoris tacite & oblique videatur facta donatio. Gomez. *in L. Tauri* 61. n. 2. Sc. Gentil. *Lib. 1. de d. n. int. vir. C.* 20. Nam nec donat qui interceſſit *L. 4. in ſ. h. t.* nec idem conſtitutum eſt in marito, ne pro uxore ſe obliget. Eſſet autem, ſi hæc vera ratio Quin & ſolutio uxoris pro marito rata. *L. 4. C. h. t.* ſcilicet ratione creditoris, & quatenus obligationem tollit, non vero quatenus uxor rem ſuam, ſolvendo cum commodo mariti, imminuit.

ipſo iure non teneatur. Cum ſi pro alio intercedat, teneatur ipſo iure, tuta ſolum & munita Senatuſconſulti exceptione. *L.* 2. *L. mulierem* & paſſim, *D. h. t.* Alterum eſt, quod Interceſſio pro marito facta, etiamſi poſt biennium a muliere ſemel & ſæpius comprobetur, nihilominus tamen placet eam ipſo iure non teneri. Secus ſi pro alio interceſſiſſet: de qua re infra in exceptionibus huius Senatuſconſulti. Introductum utrumque, ut dixi, Conſtitutione Iuſtiniani.

XX. Vulgo hanc Authenticam ſic accipiunt, quaſi & ea cautum ſit de obligatione principali mulieris iam marito contracta, placeatque mulierem cum marito etiam principaliter contrahentem non obligari. Quod certe verum non eſt. Obligatur enim mulier marito ex omni contractu, ſolaque donatio inter eos interdicta eſt. *L. ſi ſponſus, §. circa venditionem, D. de donat. inter vir, & uxo. L. ex diverſo, § item ſi mulier; D. ſolut. matrim. L. non tantum, D. de re iudic.* Neque hoc Ius a Iuſtiniano in *d. Auth.* eſt immutatum. Primum etſi ageretur illic de eo, quod geritur inter virum & uxorem: tamen non omnes contractus vetarentur, ſed tantum mutuum: quia de mutui inſtrumento tantum hoc cautum eſt, non de quovis contractu. Sic enim verba Græca ſunt in Novella. *Ut nulli iudic. lic. &c.* 134. *C.* 8. unde eſt hoc fragmentum, ut Iuſtinianus improbet obligationem mulieris, si conſenſerit marito ſuo ἐν δανειακῷ γραμματίῳ, quod valet in mutui inſtrumento, ut recte vertit Haloander. Deinde ne mutuum quidem vetaret mulierem accipere a marito, ſed permitteret, dum ratum habet quod geſtum eſt, ſi probetur pecunias verſas eſſe in rem mulieris. Quod ſi non probetur, iuberet quidem mutuum nullum eſſe, non tamen ideo, quia non poſſet mulier obligari marito; ſed quia videtur id mutuum dari in fraudem eius iuris, quod prohihet donationem inter virum & uxorem. Quia enim uxor marito donare non poterat, videtur maritus ei dediſſe pecuniam mutuam, quam ipſa facile clam ſtatim redderet. Dum autem id ignoretur, nihilominus eam ſemper deberet: ut cum eam ſolveret, poſtea videretur debitam reddere, non donare. Quæ fraus cum metuitur, placet quod geritur non valere. *L. qui teſtamentum*, in fin. *D. de probat*. Atque hæc ita ſunt in verbis: Etſi quis concederet vetari ea Novella, ne mulier obligetur marito ſuo. Atqui de eo nihil exprimitur, ſed ita verba ſunt: *Si mulier conſenſerit marito ſuo in inſtrumento mutui, & ſe aut res ſuas obliget*. Non addit, etſi ſe obliget marito, vel alii mariti nomine, vel alii ſuo nomine principaliter. Utrum ergo hæc omnia contineri ſimul & prohiberi intelligimus? Imo quæ recta interpretationis lex eſt, videbimus quid hic congruat prioribus legibus, quid repugnet. Quod congruit, accipiemus: quod repugnat reiiciamus: ut ſic poſteriores leges ad priores trahantur, quæ ex illis interpretationem accipiant, niſi poſteriores aperte ſint contrariæ, ut fieri præcipitur in *L. ſed & poſteriores, D. de legib.* Quare cum ſciamus prioribus legibus ius ita eſſe, ut mulieres principaliter contrahendo recte obligentur, cum quocunque contrahant: ſi pro alio ſe obligent, aut res ſuas, non obligentur: etiam poſteriorem hanc obligationem duntaxat in hac *Authent.* improbari intelligemus: quanvis uxor prò marito intercedat. Neque ideo ſupervacanea erit ea conſtitutio: cum & circa huius interceſſionis interdictionem nova quædam nominatim inducta ſint, ut ante oſtendimus. Hic eleganter quæſitum eſt, quid ſi mulier neque ſe obliget pro marito, neque aperte pro marito intercedat. Sed in eodem inſtrumento ſe obliget una cum marito ſuo, ita ut fiant duo rei promittendi, an mulier ex hac * *Authen.* non tenebitur, an vero quia ad verba *Auth.* hæc ſpecies non pertinet, tenebitur? Et vera eſt ſententia communis exiſtimantium, mulierem ne hoc quidem caſu [13] teneri ex hac *Auth.* ſed ratione nova: quoniam ſciendum eſt duos reos debendi vice mutua fideiuſſores eſſe, id eſt, ſic accipi, quaſi unus alterius fideiuſſor ſit. *L. reos*, in princ. *D. de duob. reis*. Vere enim fideiuſſores non ſunt, cum id nominatim actum non ſit, ſed ita tamen accipiuntur, quaſi eſſent, inſpecto effectu, & executione obligationis, quia ſolidum a ſingulis exigi poteſt. Itaque Africanus reſpondit in *L. vir uxori*, §. fin. *D. ad Senatuſcon. Velleia.* Hæc omnia cauta ſunt hac lege, ſive *Auth.* cum hac exceptione, Niſi manifeſte probetur, rem de qua agitur in utilitatem uxoris verſam eſſe. Exigit lex manifeſtam probationem. Ex quo bene vulgo colligitur, ſi mulier in inſtrumento confeſſa ſit, rem verſam eſſe in utilitatem ſuam, eam confeſſionem illi non nocere, quia hæc confeſſio non eſt manifeſta probatio;

13) Io. Vinc. Hondede. *Vol.* 1. *Conſ.* 45. *n.* 19. *&* *ſeqq.*

batio: nam qua levitate, aut neceſſitate mulier pro marito interceſſit, eadem levitate & neceſſitate fieri poteſt, ut fateatur, rem in utilitatem ſuam verſam eſſe.

C A P. XXX.

Auxilium ſenatuſconſulti Velleiani quo mulieri ſuccurritur adverſus interceſſionem, poſitum in exceptione ſenatuſconſulti mulieri adverſus actionem prodita. Hæc exceptio quibus præter mulierem competat. Quibus rebus ab exceptione Macedoniani differat. Quibuſdam in cauſſis mulieri intercedenti tributum a Iuſtiniano, ne omnino teneatur etiam ipſo iure.

Auxilium in S. C. Velleiano duplex, mulieri & creditori. I.
Mulieri, ne in eam petitio, neve in eam actio detur; *quæ horum verborum ſignificatio*. II.
Exceptio Velleiani prodeſt nedum mulieri, ſed & eius heredi & fideiuſſori. III.
Et huic quidem etſi donandi animo fideiuſſerit. IV.
Hoc quare in Velleiano dumtaxat, non etiam in Macedoniano permiſſum. V. VI.
Etiam ſi pro debitore principali fideiuſſerit, ſed mandato mulieris. VII.
Mulier, quæ interceſſit, etiamſi iuris ignorantia ſolverit, repetit ſolutum. VIII.
Mulieris interceſſio non ipſo iure tollitur, ſed exceptione Velleiani infirmatur ex iure veteri. IX.
Quid novi ex Iure Iuſtiniano. X.

I. TEnemus interceſſionem, id eſt id quod prohibetur in mulierum contractibus ſenatuſconſulto Velleiano. Sequitur auxilium & beneficium ſenatuſconſulti adverſus interceſſionem. Sic enim vocatur a veteribus, ut eſt re vera auxilium in *L.* 2. *L. ſi ſciens*, *C. eod. L. quamvis*, §. *ſi convenerit*, in fin. *D. eod.* beneficium in *L. debitrix*. §. 1. *D. eod. L. ſi adverſarius*, *C. eod.* Id auxilium duplex eſt. Nam hic & mulieri ſuccurritur, & ſuccurritur creditori.

II. Mulieri intercedenti id tribuitur, quod ſenatuſconſulto expreſſum eſt, ne in eam eo nomine petitio, actiove detur, totidem pœnæ verbis, quibus hæc ipſa ſenatuſconſulto Macedoniano denegantur. Ne petitio detur, id eſt, ne actio in perſonam adverſus mulierem heredemve eius. Nam ut diximus in Macedoniano, petitio in rem actio eſt; actio in perſonam. *L. actio*, *D. de obl. & act. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de verbor. ſignific.* Hæc autem verba, ne qua actio detur in mulierem ob interceſſionem, hanc ſignificationem habent, ut ſi conſtet mulierem ſe obligaſſe non pro ſe, ſed pro alio, idque extra eos caſus, in quibus ceſſat auxilium ſenatuſconſulti: ne omnino detur actio in mulierem. Quod ſi ambigetur, utrum obligarit ſe pro ſe, an pro alio, aut an interveniant aliquæ exceptiones, de quibus dicetur poſtea: detur quidem actio in mulierem, ſed & mulieri detur ſenatuſconſulti [1] exceptio, qua probata, non teneatur. Sic & verba Macedoniani interpretati ſumus ex *L. nam poſtea*, *D. de iur.* Hinc ut ex ſuperiore ſenatuſconſulto exceptio Macedoniani: ſic ex Velleiano exceptio Velleiani; auxilium huius ſenatuſconſulti proprium, quod quidem tribuatur mulieri adverſus interceſſionem. Quod genus exceptionis ſub *hoc tit. D.* & *C.* paſſim occurret, ut *L.* 6. *L. ſi mulieri*, 15. *L. ſi mulier. ſeq. L. ſi pro aliquo*, *D. L.* 2. *L. mulierem*. *L. ſi mulier. C. eod.*

III. Hac exceptione ob interceſſionem mulieri conſtituta, ſequuntur ea quæ ſunt in vi huius exceptionis. Vis duplex. Una, qua fit, ut non modo exceptio mulieri competat; ſed tranſeat ad omnes, ad quos eadem obligatio interceſſionis pertinet, heredes puta, & fideiuſſores mulieris, ſi quis forte & pro ea ex cauſſa inter-

1) Vid. ſupra, *C.* 25. *N.* 2. Sed verius forte dicetur actionem ipſo iure nunquam tolli, quia non ea Senatus auctoritas; actionem propter honorem Senatus, inanem reddi data exceptione Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 988. & Hortenſ. *ad L.* 1. *h. tit.* verba Senatuſconſulti non ab initio interdicunt, inquit, interceſſioni, ſed, ſi facta, monent magiſtratus ut aditi ea de re voluntatem Senatus ſervent. Et actionem contra mulierem mero iure tenere Gomez. *in L. Tauri* 61. *n.* 1. & 2. *Reſol.* 13. *n.* 16. uti & contra filiumfamilias Andr. Clud. *de Condict. C.* 3. *n.* 37. & *ſeqq.* Cuiac. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* ſuccurri vel exceptionis ope ſi nondum ſolverit, vel replicationis, in ſpecie *L.* 17. §. 1. *L. ult.* §. 2. *h. t.* vel condictionis indebiti ſi ſolverit *L.* 8. *L.* 24. §. 1. *L.* 31. *h. t.*

terceſſionis fideiuſſerint, ut poſſe conſtat. *L. ſi plures. §. ult. D. de fideiuſ.* De heredibus mulieris minor dubitatio, quia hi in locum & ius omne defuncti ſuccedunt. *L. heres in omne, D. de acq. hered.* Non ſunt in eadem cauſſa fideiuſſores. Sed nihilominus & his eadem exceptio competit. *L. ſi mulier*, 16. §. 1. *D. hoc tit. L. mulierem. C. eod.* Vis hæc eſt propria exceptionum, quæ rei cohærent, non perſonæ. In quo numero eſt exceptio Velleiani. *L. exceptiones quæ D. de exc.* Indicio eſt cauſſa dandi. Non enim datur mulieribus, quia mulieres ſunt: ſed ob hanc rem, quia intercefſerunt.

IV. Illud in hac exceptione fideiuſſoribus danda animadverſione dignum eſt, quod placet hanc fideiuſſori dari etiamſi mandati actionem adverſus mulierem non habeat: quod ſit, ſi donandi animo fideiuſſerit. *d. L. ſi mulier*, 16 §. *ult. D. eod.* Ius ideo animadvertendum, quod & verba ſenatuſconſulti refragari videntur, & præcipue obſtare exemplum exceptionis Macedoniani. Verba ſenatuſconſulti hæc ſunt, nominatim *ne petitio ab his, aut actio in eas detur*. Quibus verbis ſatis conſtat conſuli ſolum fœminis, non aliis extra fœminas, niſi ſi eiuſdem iuris ſucceſſores ſint, aut per eos fœminæ conveniantur. At non ſunt in hoc numero fideiuſſores, qui conventi nullum regreſſum habent adverſus mulierem. Quapropter verba ſenatuſconſulti actionem ob intercesſionem denegantia ad illos non pertinent. Sed & exceptio Macedoniani, eiuſque ſenatuſconſulti verba in primis hoc ſuadent, atque adeo id efficere videntur. Nam & eo ſenatuſconſulto totidem verbis cautum eſt, ne ei qui filiofamilias pecuniam dediſſet, actio petitiove detur. Unde intellectum eſt, exceptionem conſtitui filiofamilias, itemque eius fideiuſſoribus. Placet tamen hanc fideiuſſoribus competere hac lege, ſi non donandi animo fideiuſſerint. *L. ſed ſi paterfamilias*, §. *ult. D. de ſenatuſc. Macedon.* Quid igitur cauſſæ dici poteſt, cur & in exceptione Velleiani quæ iiſdem verbis proponitur, non idem recipiamus? Huc accedit harum exceptionum ſimilitudo, ambæ enim rei & cauſſæ cohærent, non perſonæ, & hoc nomine inter ſe comparantur in *d. L. exceptiones, quæ, D. de exc.* Non temere eſt igitur, quod id ius notandum eſſe notavimus, quod tam præter verba ſenatuſconſulti ſuperiora, & exemplum exceptionis Macedoniani conſtitutum eſſe apparet. Ne tamen propterea non recte admiſſum videatur a veteribus, etiam nobis expediendum eſt, & ſuperiora diluenda.

V. Primum igitur de verbis ſenatuſconſulti, fatendum eſt illa verba adverſari, quibus denegatur actio nominatim in fœminas. Et ſi nihil amplius exprimeretur ſenatuſconſulto de intercesſionibus fœminarum, fatendum eſſet etiam, non debuiſſe hanc ſententiam probari a veteribus, non magis quam in ſenatuſconſulto Macedoniano. Sed alia parte ſenatuſconſulti Velleiani apparet non tantum voluiſſe ſenatum conſulere mulieribus, quæ interceſſiſſent; ſed etiam genus ipſum totum intercesſionis improbaſſe, ut continens virile & civile officium, quod ſexui muliebri minime conveniret. Et hoc eſt, quod ſenſit Iulianus, cum ſententiæ illius ſuæ hanc rationem reddidit, quia totam obligationem intercesſionis muliebris ſenatus improbat. *d. L. ſi mulier*, 16. in fin. *D. eod.* Hac ratione potius ſic recte colligitur. Tota intercesſio fœminarum Velleiano improbatur tanquam factum incivile. Improbatur ergo & in omnibus, ad quos eius intercesſionis obligatio pertinet, tantum ideo, quod mulieres intercesſerunt. Proinde & in fideiuſſoribus, quanvis donandi animo fideiuſſerint.

VI. Quod attinet ad exceptionem Macedoniani eſt illa quidem hac in re ſimilis, quod & ipſa rei cohæret, ut & Velleiani, qua in re recte comparantur in *d. L. exceptiones quæ de exc.* In eo diſſimilis, quod ſic datur ex mutui cauſſa, quod filiofamilias datum eſt, ut tamen cum de his quæritur, quibus Macedonianum ſenatuſconſultum exceptione proſpectum volnit, detur ſolum filii, & patris cauſſa. Filii, ne eius mores corrumpantur: Patris, ne eius vitæ filius inſidietur; ut redduntur hæ cauſſæ in §. *penult. Inſt. quod cum eo.* Non ſic Velleiani exceptio, quæ non ſolum mulieris intercedentis cauſſa comparata eſt: ſed in univerſum intercesſionis muliebris inhibendæ cauſſa. Siquidem hanc totam tanquam incivile factum ſenatus improbat, ut eſt in *d. L. ſi mulier* 16. in fin. *D. hoc tit.* Quæ res facit, ut extra perſonam mulieris neceſſe ſit exceptionem pervenire ad omnes, qui ex intercesſione tenentur, ne in his ſaltem conſiſtat intercesſio, quam ſenatus per omnia repudiat. Ergo etiam fideiuſſoribus mulieris, quæ interceſſit, exceptio Velleiani competit, & his quidem proprio quodam iure ſine exceptione, ſive conventi regreſſum adverſus mulierem habeant, ſive non habeant.

VII. Amplius placuit, etſi qui fideiuſſores

ſores ſint non mulieris, ſed debitoris ipſius principalis, ſi tamen mandatu mulieris fideiuſſerint, non minus & his competere exceptionem Velleiani. Intercedunt enim pro debitore illi quidem; quod ſine auxilio ſenatuſconſulti facere potuerunt. Sed intercedunt etiam pro muliere, dum eius mandatu interveniant. *L. ſi fideiuſſores, 6. D. eod.* Hæc tamen in his fideiuſſoribus cautio eſt, ut ita iuventur ſenatuſconſulto, ſi creditor eos mandatu mulieris intercedere ſcivit. Quod ſi ignoravit, decipi non debet: cum eos acceperit non tanquam fideiuſſores aut mandatores mulieris, ſed tanquam fideiuſſores debitoris, pro quo ſi ſimpliciter intercederent, ſecurus eſſet creditor, nec metueret exceptionem: quia ut dixi, extra interceſſionem mulieres ſenatuſconſulto non iuvantur. Ideo placet ſi conventi utantur exceptione ſenatuſconſulti, exceptionem replicatione repellendam. Hoc in *d. L.* 6. in fin. & *L. quanquam, ſeq. D. eod.*

VIII. Altera vis exceptionis Velleiani in eo eſt, ut mulier quæ interceſſit, ſi auxilio ſenatuſconſulti ſe munitam ignorans ſolverit, poſſit [2] ſolutum repetere. *L. quanvis, C. eod.* Commune hoc omnium exceptionum perpetuarum, ut qui unam aliquam ex his habet, quaſi vere non debeat, ſi ſolverit per errorem, repetat. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* de quo dicetur poſtea in indebiti condictione. Illud proprium mulieris in hoc errore, quod maſculi maiores ita repetunt indebitum ſolutum, ſi per errorem facti ſolverint. *L. cum quis, C. de iur. & fact. ignor.* Mulier repetitionem habet, etſi in iure errans ſolverit, idque eſt, quod poſuimus eam repetere poſſe, etſi ignoret ſe auxilio ſenatuſconſulti munitam. Quod fit, non cum ignorat ſe interceſſiſſe pro alio, cuius facti ignorantiam prætendere non poteſt. *L. quanquam, D. eod.* Sed cum hoc ſciens, putat ſe iure ex ſua promiſſione obligari, ignorans ſenatuſconſulti auxilium in mulierum interceſſionibus. Hoc ideo, quia iuris error in damnis rei ſuæ mulieribus non nocet. Non dico rei ſuæ amittendæ, ſed & iam amiſſæ. *L. regula, D. de iur. & fact. ignor.* Nec metuemus, ne in hac repetitione obſtet mulieri obligatio naturalis, quæ ſolui ſolet impedire repetitionem. *L. naturalis, D. de obligat. & action.* Qui enim exceptionem perpetuam habent, ideo habent, quia nec natura æquum eſt eos teneri. Ideſt quia nec natura obligantur. Præterquam ſi exceptio comparata ſit in odium creditoris; qualis eſt Macedoniani. Quam ob cauſſam & adverſus eam exceptionem ſolutum repeti non placet. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind. L. ſed si paterfa. §. ult.* & *L. quia, ſeq. D. de ſenat. Maced.* De quo eſt dicendi locus in condictione indebiti. Cuius tractatio ſequetur poſtea ſuo ordine.

IX. Sed quemcumque effectum liberationis ſuperioris eſſe placet; meminerimus nihil amplius eſſe in ea liberatione ex iure vetere, quam ut mulieri detur ea exceptio Velleiani, quam dixi. Quæ res declarat, mulierem ex interceſſione etiam poſt ſenatuſconſultum Velleianum teneri ipſo iure: quia non eſt exceptio, niſi adverſus actionem iure conſtitutam. *Inſt. de excep.* in princ. Et hoc quidem ius vetus fuit perpetuum.

X. Iuſtinianus effecit, ut interdum nec teneatur mulier ex hac cauſſa ipſo iure. Quod induxit duabus in cauſſis. Una eſt generalis, ſi mulier aliter quam interpoſito publico inſtrumento interceſſerit: ſive id fecerit ſine ſcripto, ſive interpoſito inſtrumento, ſed privato. *L. antiquæ, §. ult. C. eod.* Altera ſpecialis in uxore, quæ pro mutuo quod [3] marito datum eſt, ſe, aut ſua obligavit. In qua ſpecie iuſſit eam interceſſionem plane nullius eſſe momenti, perindeque haberi, quaſi hic neque factum quidquam, neque ſcriptum eſſet: idque ſive privato, ſive publico inſtrumento debitum cautum ſit. *Auth. ſi qua mulier. C. eod.* Quibus verbis nihil aliud cavet, quam mulierem ex hac cauſſa ipſo iure non teneri, nec in eo deſiderare auxilium ſenatuſconſulti, ut idem interpretatur in *d. L. antiquæ.* in fin. *eod.* Et certum eſt futurum fuiſſe in eo, ut nullo iure obligaretur mulier, ſi nihil omnino factum eſſet, quo obligaretur.

2) Cum fructibus, de quo Ioan. Copus *Lib. 4. de Fruct. tit. 1. C.* 8.

3) Quia quo facilius ſe obligatura mulier pro marito, eo magis ſubvenitur, Cuiac. *in Nov.* 134. Sc. Gentil. *Lib. 1. de Donat. int. vir. C.* 20. Gœd. *de Contr. ſtipul. C.* 7. *Concluſ.* 16. & conſ. Marpurg. 24. *n.* 137. *& ſeq. Vol.* 2. Unde & hic renunciationi locum non eſſe DD. qui alias eam admittunt, fatentur. Io. Vincent. Hondede. *Vol. 1. Conſ.* 45. *n.* 18. Diſſ. Gœd. *d. Concl.* 16. *n.* 298. qui tamen conſentit, *d. Conſ.* 24. *n.* 176. *& ſeqq.*

Digitized by Google

C A P. XXXI.

De actione per interceſſionem mulieris creditori, apud quem mulier interceſſit, amiſſa, creditori reſtituenda. Hanc reſtitui non ſenatuſconſulto, & ipſo iure: ſed a prætore in integrum reſtitutione intra tempus legitimum petita. Hinc reſtitutoriam & reſciſſoriam dici. Non ſemper reſtitui hanc actionem, & quibus de cauſſis denegetur. Reſtituta creditori actione, Quando ea uti liceat; Adverſus quos, & Quibus reſtituatur; Quamdiu competat.

Auxilium in Velleiano creditori in eo eſt, ut reſtituatur actio, cuius amiſſioni mulieris interceſſio cauſſam dederit. I.
An illa a iure, an vero Prætoris auxilio reſtituatur. Qui huius quæſtionis uſus. II. III.
Contrariis occurritur. IV.
Actio reſtitutoria creditori denegatur 1. ſi mulier ſolverit. V.
2. Si parata ſit pro vetere debitore iudicium accipere. VI.
3. Si creditori alia civilis & ordinaria competat; & quæ talis actio. VII.
Quare creditori non denegetur actio reſtitutoria, ſi ille aut mulieri accepto tulerit, aut heres extiterit. VIII. IX.
Statim *creditori reſtituitur actio volenti.* X.
Adverſus omnes qui ſunt mulieris interceſſione liberati. Quinam iſti. XI.
Creditori reſtituitur, eiuſque heredi; non ita duobus ſtipulandi reis, ſed ei apud quem mulier interceſſit; & quare. XII.
Reſtitutoria eamdem temporis durationem habet, quam vetus habuiſſet, ni fuiſſet amiſſa. Illuſtratur exemplo. XIII.

I. ATque hoc auxilium eſt, quod ſenatuſconſulto Velleiano mulieri tribuitur adverſus interceſſionem, & ea vis eius auxilii. Alterum auxilium eſt, quod per occaſionem prioris tribuitur creditori. Id autem tale eſt. Fit interdum, ut creditor per interceſſionem mulieris non amittat actionem adverſus debitorem; interdum ut amittat. Non amittit, cum mulier, principali debitore manente obligato, eamdem obligationem in ſe ſuſcipit; ut cum fideiubet pro eo; cum mandat ei debitori pecuniam credi; cum conſtituit ſe pro eo ſoluturam. Amittit creditor tunc, cum liberato principali debitore mulier obligationem in ſe transfert, aut eo quem principaliter obligatum eſſe oportebat, omiſſo ſolam ſe pro eo ream conſtituit, ſecundum ea, quæ initio de generibus interceſſionum diximus. Priore caſu nullum eſt auxilium creditoris ex cauſſa interceſſionis adverſus debitorem, quia nec ullo indiget adverſus eum, adverſus quem etiam poſt interceſſionem eadem integra eſt actio. Illic indiget, cum amiſit actionem adverſus debitorem facto ſuo, adverſus mulierem ſenatuſconſulto. Atque hic auxilium illud conſtitit, ut quoniam nulla eſt actio ex interceſſione adverſus mulierem propter ſenatuſconſultum, ſit, ſaltem adverſus debitorem, qui ad ſenatuſconſultum Velleianum non pertinet. Quam ad rem placuit & adverſus eum reſtitui veterem actionem creditori. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Nec intereſt, quomodo creditor propter interceſſionem mulieris amiſerit actionem; utrumne ipſa interceſſione, ut cum novationis cauſſa mulier obligationem in ſe tranſtulit; an vero ante interceſſionem; ut cum prius liberavit debitorem acceptilatione, ſic deinde mulier interceſſit. *L. quamvis.* §. *quoties, D. hoc tit.* Etſi enim hic debitor interceſſione liberatus non eſt: tamen liberatus eſt propter ſperatam interceſſionem mulieris. Hoc autem ſatis, propter interceſſionem mulieris actionem amiſſam eſſe, ut hæc reſtitui debeat creditori. Hoc enim modo ſemper verum eſt, interceſſionem mulieris actionis damno cauſſam dediſſe. Reſtituitur tunc vere adverſus debitorem actio, cum fuit aliquis debitor, cuius obligationem mulier in ſe tranſtulit. Quid fiet, ſi ſe ſolam ream conſtituerit eius nomine, qui non fuit obligatus, quem tamen principaliter obligatum eſſe oportebat? quam ſpeciem interceſſionis eſſe diximus, quæ indicatur in *L.* 4. *C. eod.* Placet nihilominus hic actionem dari in eum, qui pro ſe conſtituiſ-

ſtituiſſet mulierem ream. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Sed quia non propria dicitur reſtitui actio adverſus eum, adverſus quem nulla prius fuit, idcirco recte Ulpianus hoc casu dari ait in eum actionem, quæ inſtituat magis, quam reſtituat obligationem. *L. quanvis.* §. *pen. D. eod.*

II. Sed cum hanc actionem creditori reſtitui dicimus, hic ſtatim occurrit, quod dubitetur. Sic enim Paulus definit in *L. qui res,* §. *aream, D. de ſolut.* ſublatam ſemel obligationem in perpetuum reſtitui non poſſe. Quomodo igitur in hac ſpecie iuris eam reſtitui dicimus? Et res ita habet, ut ipſo iure nunquam reſtituatur, de quo Paulus ſenſit. Quæ res ſtatim hanc quæſtionem hoc loco inducit, quo ergo iure ea reſtituatur. Et conſequens eſt non reſtitui hoc ſenatuſconſulto: quo poſito, etiam ſequitur, ut reſtituatur a prætore per in integrum reſtitutionem. Itaque ita ſcriptum eſt in *L. ſi mulier,* 16. in fin. ſignificatur ſatis in *L. debitrix,* §. *ult. D. hoc tit.* Sed & hoc intelligitur certius ex iis, quæ huic actioni tribuuntur a veteribus. Nominatur hæc actio reſtitutoria: nempe quia per reſtitutionem prætoris competit. *L. quanvis,* §. *ſi convenerit,* in fin. §. *ſi mulieri,* §. pen. *D. eod.* Et quidem ita, ut nec ante eam reſtitutionem reſtitutæ actionis tempora numerentur. *d. L. debitrix,* §. *ult. eod.* Dicitur & [1] reſciſſoria in *L. ſi mulier, C. eod.* certo argumento & hanc competere ex reſtitutione prætoris. Sic enim dicitur, non quia reſcindat interceſſionem; ſed quia reſciſſa interceſſione, reſtituatur a prætore, ut hoc verbi explicatur in *L. ult.* in fin. *D. eod.* ubi ut intelligamus reſtitutionem hanc referri ad factum prætoris, non ad ius, dicitur hæc actio reſciſſa interceſſione in dominum, non reſtitui, ſed reſtituenda eſſe. Sed & hoc modo dici ſolent actiones omnes, quæ aliquo facto amiſſæ, reſciſſa prius uſucapione, aut alia re quæ obſtabat, a prætore in integrum reſtituuntur. *L. necnon,* §. *ult. D. quib. ex cau. maior.* Ex eadem cauſa eſt, quod hæc actio reſtitutoria dicitur a veteribus utilis actio, non directa. Quæ tamen eſſet directa, ſi iure ipſo competeret. *L. quanvis,* §. *ſi convenerit,* §. *ſi mulieri,* in fin. *D. eod.* Sed & hoc verbum in his, quæ reſtituuntur, uſurpari tantum ſolet de iis quæ a prætore reſtituuntur. *L. ult. C. quib. ex cau. mai.* Adde his, quod nunquam datur hæc actio utilis, quandiu creditori adverſus debitorem alia actio civilis competit, *d. L. quanvis,* §. *ſi convenerit,* in pr. *eod.* Ius plane proprium earum actionum, quæ per in integrum reſtitutionem impetrantur. *L. in cauſſæ,* 2. *D. de minor.*

III. Sed cur laboramus, dicet aliquis, cum ſive utili, ſive directa actione conveniatur debitor, nihil interſit aut debitoris, aut creditoris? *L. actio, D. de nego. geſt. d. L. quanvis.* §. *ſi mulieri,* in fin. Multa concurrunt, cur id in primis ſtatui oporteat. Primum ut ſtatim removeatur obiectum illud ſuperius, quod huic reſtitutioni obſtabit. Deinde ut ſuperiorum appellationum, itemque ſuperioris denegationis ratio recte explicetur. Poſtremo quia in re etiam ipſa, atque effectu iuris multum intereſt, utrum dicamus actionem ſenatuſconſulto & ipſo iure reſtitui, an vero a prætore. Si actio reſtituitur ipſo iure ſine alio facto magiſtratus, legitima eſt, eoque & perpetua, ut ſunt omnes legitimæ. *Inſtit. de per. & temp. act.* Sin reſtituitur a prætore, non poteſt peti hæc reſtitutio niſi intra quatuor annos, ex quo actio amiſſa eſt. Hoc enim tempus præſtitutum eſt a Iuſtiniano omnibus in integrum reſtitutionibus petendis. *L. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Atque hoc nunc confirmamus, cum dicimus eam actionem a prætore reſtitui.

IV. Sed quædam obſtant. Primum illud, quod non eſt in integrum reſtitutio maioribus, niſi eo edicto, quo nominatim cavetur in iis cauſſis, ex quibus maiores in integrum reſtituuntur. Quod proponitur in *L.* 1. *D. ex quib. cau. mai.* & de quo ſub eo titulo agitur. Nihil autem eo edicto cautum eſt de actione reſtituenda creditori amiſſa ob interceſſionem mulieris. Deinde & illud, quod dicitur in *L. debitrix,* §. 1. *D. hoc tit.* actionem in priorem debitorem ſtatim competere. Si ſtatim, non eſt alia reſtitutione prætoris opus, quæ ſine intervallo impetrari non poteſt. De quibus breviter reſpondeo. Ac primum de edicto, ex quibus cauſſis maiores in integrum reſtituuntur; non caveri quidem aperte, & ſpecialiter eo edicto de hac reſtitutione; ſed ſatis caveri generali illa clauſula eius edicti. Item ſi qua alia mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam. Quæ refertur & explicatur in *L. ſed etſi,* §. *ult. D. ex quib. cau. mai.* Nulla enim poteſt eſſe cauſſa iuſtior ad reſtitutionem, quam ut ſub-

1) *L.* 16. *in fin. h. t.* vid. Cuiac. 4. *ad Afric. in L.* 19. *h. t.* Quia ab Accurſio & veteribus interpretibus vocatur inſtitoria, quos & Græci ſequuti, Cuiac. 16. *Obſerv.* 27. errore ex affinitate vocum orto, Treutler. *Vol.* 1. *Diſput.* 25. *Theſ.* 6. *lit. D.*

ſubtracta creditori mulieris perſona propter ſenatuſconſultum, integra cauſſa priſtina ei reſtituatur. Quæ ratio redditur in *L. ſi mulier*, 14. *D. hoc tit.* Nam primum hic actionem creditor adverſus mulierem non ſua voluntate, ſed neceſſitate amittit. Quæ omnis neceſſitas ad illam clauſulam pertinet, ut declaratur in *d. L. etſi*, in fin. *ex quib. cau. maior.* Tum autem amittit non quavis neceſſitate, ſed neceſſitate iuris. Quod actionem quæ una reliqua erat adverſus mulierem, creditori adimit: in quo eſt beneficium Velleiani. Nihil æquius, quam beneficium quodvis ita concedi, ut id fiat ſine iniuria cuiuſquam. Idque ita iure obſervatur. *L. nec avus*, *C. de emanc.* Quod autem dicitur in *L. debitrix*, §. 1. hanc actionem competere creditori ſtatim, ſic interpretandum eſt ex *L. aliquando*, §. *ult. D. eod.* Ut competat ſtatim, ſed volenti creditori. Et ita eſt: ſi ſtatim creditor actionem petere vult, poteſt, & ei reſtitutoria dabitur: ſi non vult, non erit hæc actio ante reſtitutionem.

V. Non tamen ſemper datur creditori reſtitutoria hæc actio. Denegatur illi tribus de cauſſis. Una eſt, ſi mulier quæ interceſſit, creditori ſolverit, ut non poſſet repetere. *L. quanvis*, §. *ſi mulier*, *D. eod.* Merito. Nam ſi ſolutione tollitur omnis obligatio, *Inſt. quib. mod. toll. obligat.* hac ſolutione obligatio, qua debitor tenebatur, ſublata eſt ſine iniuria creditoris, qui ſuum ita recepit, ut ſit manſurum. Neque hoc ſolum dicimus, cum creditor pecuniam mulieris retinens poſtulat ſibi actionem dari adverſus veterem debitorem. Quo quidem caſu nulla dubitatio eſt, quin iure ei denegetur actio, cum bona fides non patiatur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Sed hoc amplius volumus intelligi, quæ ſuperioris reſponſi ſententia eſt, quanvis creditor paratus ſit pecuniam reſtituere mulieri, & ob id poſtulet ſibi reſtitui actionem adverſus debitorem, quaſi non bis idem petat: tamen non eſſe audiendum. Et recte. Semel enim illi ſatisfactum eſt ſua voluntate. Hoc ille factum mutare non poteſt. Semel illius voluntate quæſita eſt liberatio creditori. Hæc illi adimi non poteſt invito. *L. ult. D. de pact.* Tunc autem mulier ſic ſolvit, ut repetere non poſſit, cum ſciens ſe auxilio ſenatusconſulti munitam ſolvit, ut indicat, *L. quanvis*, *C. eod.* Et definitio eſt iuris certi; indebitum ſolutum ſcientem non repetere. *L. indebitum*, *C. de cond. indeb.*

VI. Altera cauſſa eſt denegandæ huius actionis finitima ſuperiori, ſi mulier quæ interceſſit, parata ſit iudicium pro vetere debitore accipere, ne in eum actio detur. *L. ult.* §. *penult. D. hoc tit.* Hoc ideo, quia iudicium pro alio ſuſcipere ut eum liberes, liberationis genus eſt, qua non minus liberatur debitor etiam invitus, quam ſi quis pro eo ſolviſſet. *L. ſolutione*, 23. *D. de ſolution.*

VII. Tertia cauſſa eſt, ſi creditori actio reſtitutoria non ſit neceſſaria, quia alia civilis & ordinaria ei competat. Quod accidit in hac ſpecie, ſi creditor liberet debitorem ſuum per acceptilationem hac lege, ut det expromiſſorem, deinde is dederit mulierem. Eſt hic quidem mulier tuta auxilio ſenatuſconſulti propter interceſſionem, & creditorem acceptilatione amiſiſſe actionem conſtat. §. *item per Inſt. quib. mod. tol. oblig.* Placet tamen in ea ſpecie non reſtitui actionem creditori adverſus priorem debitorem, hac ratione quia non ſit neceſſaria: & ideo non neceſſaria, quia condictio adverſus eum competat. *d. L. quanvis*, §. *ſi convenerit*, *D. hoc tit.* Ea condictio eſt ob cauſſam. Accepto enim latum eſt debito i ob cauſſam, ut expromiſſorem daret. Hæc cauſſa ſecuta non eſt. Dedit enim mulierem. At hæc effectu non expromiſit; quia effectu non obligatur. *d. L. quanvis*, §. *ſi mulieri*, *D. eod.* Ideo erit [2] condictio tanquam ob rem dati, cauſſa non ſecuta. *L.* 4. *D. de cond. cauſ. dat. cav. non ſec.*

VIII. De quarta cauſſa denegandæ actionis reſtitutoriæ dubitatum eſt, ſi forte liberata ſit a creditore mulier alio modo, quam ſolutione. Quid enim, ſi creditor poſt interceſſionem mulieri accepto tulerit? Videri poteſt par eſſe, ut quemadmodum denegaretur creditori reſtitutoria actio, ſi mulier ei ſolviſſet, ita & hic denegetur; quoniam acceptilatio eſt imaginaria ſolutio. §. *item per. Inſt. quib. mod. tol. oblig.* Sed placet hoc caſu nihilominus reſtitutoriam actionem ei dari debere, ut eſt in *d. L. quanvis*, §. *ſi convenerit*, in fin. *hoc. tit.* addita hac ratione, quia inanem obligationem creditor dimiſerit. Quod additum eſt, ut occurreretur

2) Vid. Hortenſ. *ad d.* §. 8. ubi quaſi movet cur non in ſpecie hac detur actio diſfecta ad id ut fidem contractus, qualis ibi videtur, impleat, qui promiſit expromiſſorem dare. Nec, inquit, ICt. erit, qui nodum hunc ſolvet. Atqui nec hoc negat IC. illo caſu præſcriptis verbis agi poſſe, cum vulgatum ſit ex contractibus incertis liberum eſſe ei qui prior implevit, vel ad impletionem contractus agere, vel quod præſtitit condicere.

tur ſuperiori obiectioni. Perinde eſt enim, quaſi ita diceretur; non obſtare, quod acceptilatio pro ſolutione eſt. Id enim tunc locum habere, cum fuit aliqua obligatio, quæ accepto ferri poſſet: qua remota, nec acceptilatio poſſit intelligi. Nunc autem nullam fuiſſe obligationem mulieris ex interceſſione, certe effectu fuiſſe inanem, quod tantumdem valet. Non eſt eadem cauſſa ſolutionis, cum mulier ſciens indebitum ſolvit creditori. Hac enim ſolutione non ſe illa liberat, ſed debitorem. Atque hic vere debuit.

IX. Eadem quæſtio eſt, ſi creditor poſt interceſſionem mulieri heres extiterit. Nam & hoc caſu aditio hereditatis ſuſtulit obligationem mulieris confuſione, eademque & pro ſolutione cedit. *L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de pet. her.* Sed & hic placuit creditorem inſtitutoria nihilominus uſurum: cum non obligatæ cum effectu ſucceſſerit. Idque ita ſcriptum eſt in *d. L. quamvis*, §. *ſi mulieri*, *hoc tit.* Qua ratione eodem modo diluitur prior obiectio, quo ſupra; ut ſit ſententia, aditionem quidem cedere pro ſolutione, ſed tunc, ubi fuit vera obligatio, quæ ſolveretur. Hic autem creditorem ſucceſſiſſe mulieri non obligatæ; certe non obligatæ cum effectu: quod eodem redit.

X. Conſtituta reſtitutoria hac actione creditori, de ea quatuor quæſita ſunt, quæ paucis exſequar. Primum an ſtatim competat creditori hæc actio. Movet dubitationem, quod cum detur creditori, ne damno afficiatur propter auxilium ſenatuſconſulti, quo mulieri ſuccurritur, videtur eſſe exſpectandum dum ſciatur, an mulier conventa eo auxilio utatur, necne. Fieri enim poteſt, ut non utatur. Et ſi iam ſolverit ignara iuris ſui, videtur exſpectandum, an repetat ſolutum, necne; quoniam fieri poteſt, ne repetat. Adverſus has dubitationes & ſimiles generalis hæc ſententia eſt veterum, hanc actionem [3] ſtatim competere creditori adverſus debitorem volenti ea experiri. Sive mulier obligaret ſe pure, ſive in diem aut ſub conditione, ubi dies aut conditio exſiſtens, nihilo magis eam oneret, quam ſi pure eſſet obligata. *L. debitrix*, §. 1. *L. aliquando*, §. *ult. D. eod.* Et recte. Nihil enim ad rem pertinet quid ſit in voluntate mulieris, aut poſtea futurum ſit, ſed quid in re & iure obligationis. Conſtat iure inanem eſſe obligationem, qua mulier tenetur ex interceſſione, etiam ſi vellet non eſſe inanem, quia ſponte parata ſit ſolvere. Nunc autem reſtituitur creditori actio in veterem debitorem tantum ideo, quia illi ſubtrahitur mulieris perſona propter ſenatuſconſultum. *L. ſi mulier*. 14. *eod.*

XI. Secundo loco quæritur, quoniam dicimus hanc actionem reſtitui creditori adverſus veterem debitorem, ut eſt in *L.* 1. *D. eod.* an detur adverſus hunc ſolum, an etiam adverſus alios, & in univerſum adverſus quos reſtituatur. Et placet ita reſtitui, ut priſtina cauſſa integra ſit creditori, *d. L. ſi mulier*, 14. *eod.* proinde reſtitui in omnes qui liberati ſunt per interceſſionem. *L. quamvis*, §. *quamquam*, *D. eod.* Liberantur eo facto primum debitor, & per hunc heredes eius, cæterique ſucceſſores. Ideo ut in debitorem, ita & in heredes eius ſucceſſoresque omnes alios competit. *L.* 1. *L. hæ actiones*, *D. eod.* Una cum debitore liberantur & acceſſiones, ut fideiuſſores & pignora. *L. in omnibus*, *D. de ſol.* Ideo in fideiuſſores quoque debitoris reſtitui hanc actionem placet, *d. L. ſi mulier*, 14. *eod.* quod & in pignorum poſſeſſoribus intelligendum eſt. Item cum duo ſunt rei promittendi, ſi unus per interceſſionem mulieris liberatus ſit, una quoque & liberatur alter. *L.* 2. *D. de duob. reis.* §. 1. *Inſtit. eod.* Et hoc eſt, quod hic etiam placet, ſi pro uno reo interceſſit mulier, adverſus utrumque reſtitui actionem creditori. *L. ſi pro uno. D. hoc tit.*

XII. Tertio quæritur, quibus reſtituatur hæc actio. Et ſi cui creditori reſtitui debere conſtiterit, etiam eius heredibus ſucceſſoribuſque omnibus debere reſtitui conſtat, *d. L. hæ actiones*, *D. eod.* Sed his exceptis, non ut reſtituitur in omnes, qui liberati ſunt interceſſione; ita reſtituitur omnibus, qui per cauſſam interceſſionis actionem amiſerunt: ſed his ſolum, qui liberaverunt debitorem. Utputa, inquit Ulpianus duo rei ſtipulandi fuerunt; apud alterum mulier interceſſit. Ei ſoli reſtituetur actio apud quem interceſſit, *d. L. quamvis*, §. *quamquam D. eod.* Atqui ea interceſſione conſtat utrumque amiſiſſe actionem. Hoc enim in duobus reis ſtipulandi accidit, ut unius acceptilatione, novatione, & quavis alia liberatione perimatur utriuſque obligatio. *L. ſi rem*, §. 1. *D. de novat.* Qui minus igi-

3) Diſſentire videtur Cuiac. *d. Lib.* 4. *ad Afric. in d. L.* 19. putans aliud eſſe competere actionem ſtatim *d. L.* 24. §. 1. & aliud dari, inſtitui. Competere potiſſimum ut transmiſſioni proſit *L.* 9. §. *ult. L.* 10. *de tut. & rat. diſt.* Sed in *d. L.* 13. §. *ult.* dicitur aperte *danda*.

igitur his reſtituitur actio pariter una interceſſione actionem amittentibus, quam reſtituitur adverſus duos reos promittendi, adverſus quos pariter una interceſſione actio amiſſa eſt? Differentiæ ratio eſt, quod actio reſtitutoria in hac re tribuitur ei, qui liberavit debitorem. Ac propter liberationem ſuam actionem amiſit. Sequitur igitur, ut adverſus quoſcunque amiſerit, adverſus eos illi reſtitui debeat: quia verum eſt omnes eius facto eſſe liberatos. Contra autem alii reſtitui non debeat, qui non liberavit. In quo numero eſt alter [4] reus ſtipulandi. Amiſit enim hic una actionem; non tamen quia debitorem liberavit, qui ipſe in eo nihil fecit, ſed quia alter reus illi actionem facto ſuo peremit, *d.* §. 1. *Inſt. de duob. reis.*

XIII. Poſtremo videndum eſt, quamdiu hæc actio competat. Nam in *L. hæ. actiones. hoc. tit.* ſcriptum eſt eam perpetuo competere, quia habeat rei perſecutionem. Hoc ut plurimum ita eſt. Sed non recte definitur in univerſum. Sic igitur habendum eſt, reſtitutam hanc actionem talem futuram eſſe, qualis fuit apud creditorem, cum liberatione eius amiſſa eſt. Non enim nova hic inſtituitur actio: ſed quæ amiſſa eſt, reſtituitur. Quare ſi vetus perpetua fuit, & reſtituta erit perpetua; *d. L. hæ actiones*. si temporalis, in eadem cauſſa & reſtituta habebitur. *L. debitrix*, §. *ult.* *D. eod.* Sed etſi quæ tempora eius actionis ante perierint, quam amiſſa eſſet, eadem & reſtitutæ detrahentur: omninoque res in eum locum reſtituetur, ut ſolum priſtina cauſſa ſit integra creditori, ut eſt in *d. L. ſi mulier*, 14. *eod.* Sic tamen reſtituetur hæc actio in ea tempora, quæ prius reſtabant, ut numerentur hæc tempora continua ſolum poſt reſtitutionem, ſeu ex die reſtitutæ actionis, non ex die interceſſionis; quamvis ſtatim atque interceſſit mulier, actio competierit: hoc in *d. L. debitrix*, §. 1. *D. eod.* Res plana fiet exemplo. Emptori qui emit animal morboſum, vel rem aliquam vitioſam, comperit adverſus venditorem redhibitoria actio intra ſex menſes; actio quanto minoris empturus eſſet intra annum. *L. ſciendum*, §. *ult. D. de æd. ed.* De eo cum ſatisfacere emptori venditor vellet, dedit ei liberandi ſui cauſſa alium reum, ſed mulierem, quæ aut novatione, aut venditore per acceptilationem prius liberato eam obligationem in ſe tranſtulit. Dicimus in hac ſpecie, quia mulier ſenatuſconſulti auxilio tuta non tenetur, reſtitui emptori actionem adverſus veterem debitorem, eumdemque venditorem: ſed eam quæ temporalis ſit, ut prius. Et ſi prius ad eam actionem movendam reſtabant ex tempore legitimo tantum tres menſes, reſtabunt etiam nunc, non plures. Sic tamen, ut hoc omne reliquum tempus, quod ante interruptum, deinceps continuum futurum eſt, numeretur emptori tantum ex die reſtitutæ actionis. Et ideo ſi ex quo interceſſit mulier, interceſſerint toti tres anni cum dimidio, & amplius, quo tempore emptor primum petiit reſtitutionem huius actionis, dicimus eum audiendum, quia hanc petitionem tempora in integrum reſtitutionibus petendis tributa largiantur, nec antea fuerit excluſa actio temporalis, quæ amiſſa nondum reſtituta fuerat. Poſt ubi reſtituta eſt, nihilominus habiturum emptorem reliquum tempus, quod illi ante liberationem debitoris ſupererat: quia hoc tempus numeretur poſt reſtitutionem non ex die interceſſionis, ſeu liberati per interceſſionem debitoris.

CAP.

[4]) Alter reus nihil a SCto paſſus eſt, quia actionem etiam per aliam interceſſionem, in qua SCto locus, non eſt perinde amiſſurus. Quia itaque per SC. non amiſit neque per idem recuperat. Hortenſ. *ad d. L.* 8. §. 11.

CAP. XXXII.

Quibus in cauſſis, & ob quæ facta mulier etiam ex interceſſione utiliter obligetur, nec iuvetur ſenatuſconſulto. Totidem exceptiones ſenatuſconſulti, Inter cætera an, & ubi mulier utiliter renuntiet Velleiano.

Rerum nexus & continuatio. I.
Ceſſat in muliere Velleiani auxilium aut ex cauſa interceſſionis aut ex mulieris facto. II.
- *Ex cauſa, ſi mulier interceſſit pro libertate aut pro dote.* III.
- *Ex facto 1. Si creditorem mendacio decepit*, IV.
- *2. Si interceſſionem poſt biennium nova cautione confirmavit.* V.
- *3. Si vel modico pretio conducta interceſſerit.* VI.
- *4. Si Velleiani beneficio renuntiaverit.* VII.

Renuntiationem nudo pacto factam a muliere etiam ſciente ſui iuris nullam eſſe pluribus oſtenditur. VIII. IX.
Renuntiatio utilis ex triplici cauſa. X.
- *1. Si a matre facta vel ab avia in tutela liberorum.* XI.
- *2. Si a muliere, dum in eo eſt, ut pro eo, pro quo interceſſit, ſit continuo iudicium acceptura.* XII.
- *3. Si fiat poſt biennium ab interceſſione.* XIII.

I. HActenus auxilium ſenatuſconſulti Velleiani. Iam tempeſtivum eſt monere, non eſſe perpetuum: in quo ſunt huius ſenatuſconſulti exceptiones, partim ex ſententia ſenatuſconſulti receptæ a prudentibus, partim conſtitutionibus apertius inductæ.

II. Interdum igitur mulier etiam ex interceſſione utiliter obligatur, nec iuvatur ſenatuſconſulto. Quam ob cauſſam & reſtitutoria actione hoc modo creditori ſupervacua conſtituta, una etiam & hoc poſterius auxilium tollitur. Accidit hoc partim ex cauſſa, ex qua mulier interceſſit, partim propter factum eius.

III. Cauſſæ duæ, in quibus huic auxilio locus non eſt Iuſtiniani conſtitutionibus, tantum genere ipſo cauſſæ ſine alio facto mulieris. Una cauſſa eſt manumiſſionis, ſi mulier apud dominum pro pretio libertatis, quod ſervus pactus erat, exprmiſſor extiterit. De quo ille in *L. pen. C. eod.* Inductum favore libertatis, pro qua adverſus rigorem iuris multa conſtituta eſſe conſtat. *L. generaliter, §. ſi quis ſerva, D. de fid. lib.* Altera cauſſa eſt dotis, ſi pro eo qui dotem promiſerat principaliter, mulier fideiuſſerit, aut alio modo intereeſſerit apud maritum. De quo in *L. ult. C. eod.* Inductum & ipſum favore dotis, ut Iuſtinianus eadem conſtitutione diſerte teſtatur. Cuius favoris ratio redditur in *L. 1. D. ſol. matr.*

IV. Facta mulieris ſenatuſconſulti auxilium excludentia ſunt quatuor. Primum ſi mulier in interceſſione decepit creditorem. Puta, ſi [1] mentita ſit negotium ſuum eſſe, de quo agebatur, non alienum, & creditor ignoravit: aut ſi permiſerit alicui, ut alii ſive marito, ſive extraneo, res quæ mulieris erant, tanquam ſuas obligaret. *L. 2. §. 1. L. ſi mulier, 23. L. ſi decipiendi, D. eod. L. ſi ſine, C. eod.* Ductum ex ſententia ſenatuſconſulti, quo [2] infirmitati mulierum ſuccurritur. A quo longe abeſt factum eius, quæ creditorem decipere voluit. Hinc illæ ſententiæ veterum in eam rem notatu dignæ: deceptis non decipientibus iura opitulantur. Item, infirmitas fœminarum, non calliditas auxilium meruit; & infirmitati, non calliditati mulierum conſultum eſt ſenatuſconſulto. *d. L. 2. §. 1. d. L. ſi ſine, C. eod.*

V. Secundum factum eſt, ſi mulier eamdem interceſſionem nova cautione, aut nova

1) *L. 12. C. h. t.* Quanquam ibi mulier pro dote filiæ promiſſa intercedens quodammodo ſuum negotium gerat, Refellit autem Duar. *h. t. C. 2. ſ. 989. & ſeq.* Connanum qui nihil in dote ſpeciale putat, & in *d. L. 12. & d. L. ult.* mulierem non intercedere, ſed liberalitatem exercere ſcribit. Quem redarguit ex verbis *d. L.* ultim. *favore dotium* item *omni auctoritate SCti ceſſante*, quibus innuitur hoc recipi contra SC. denique, quia dotis & libertatis par favor. ergo per *L. pen. C. h. t.* Idem eſt ſi pro marito ſe obligavit ad ſe ipſam & communes liberos exhibendos, quando marito deeſt unde ſe alat, A Fab. *Cod. Fabr. h. t Def.* 8. Confirmatur quoque obligatio mulieris inanis aditione hereditatis principalis, pro quo expromiſit, quaſi nova ei accedat cauſſa, novum robur, ut iam ſit in arbitrio creditoris agere cum muliere ex cauſſa fideiuſſoria vel ex cauſſa principali *L. 8. §. 13. h.* Cuiac. 15. *Obſ.* 11.

2) *L. 26. d L. 18. C. h. t.* Ac quiſque iure in favorem ſuum inducto privatur ob dolum, vid Hortenſ. *in L. 2. §. 2. h. t* Duar. *C. 2. ſ.* 989. P. Fab. ad *L.* 110. *de R. I. p. 485. & ſeqq.*

nova acceſſione fideiuſſoris, vel pignoris dati confirmavit: dum id fecerit poſt biennium, quam intereeſſit. Nam ante eadem interponens nihil agit. Conſtitutum a Iuſtiniano, quaſi videatur, quæ poſt tam longum tempus id faciat, non tam pro aliena obligatione interveniſſe, quam pro ſua; nec facilitate id feciſſe, ſed iudicio, quæ tandiu in eadem voluntate perſeveraverit. *L. ſi mulier perfectæ, C. eod.* Hic una interceſſio ab eodem excepta eſt poſtea Novella conſtitutione; interceſſio videlicet uxoris pro marito, quæ ita ab illo improbatur, ut placeat eam nulla confirmatione mulieris quanvis diu multumque repetita, confirmari. *Nov. ut nul. iud. §. & illud*, unde *Auth. ſi qua mulier, C. eod.*

VI. Tertium factum eſt eiuſdem principis conſtitutione notatum in *L. antiquæ, C. eod.* ſi mulier intercedens, ſive ab initio, ſive poſtea aliquid accipiat, ut ſe interponat, quo facto iubet eam omnimodo teneri excluſam auxilio ſenatuſconſulti. Neque diſtinguit quantum acceperit: ut appareat eam, ſi pro magna quantitate interceſſerit quanvis 3 modico aliquo accepto, nihilomagis beneficio S. C. uti poſſe. Credo indignam viſam Iuſtiniano eo auxilio, tanquam quæ malo more ſe alienæ litis redemptricem conſtituiſſet. Quod genus redemptionis maxime improbatum eſt etiam aliis conſtitutionibus. *L. pen. L. ult. C mand.* Si ſit controverſia, an mulier eo nomine quid acceperit, quomodo probetur, eadem conſtitutione expreſſum eſt. Addidit Iuſtinianus, hactenus mulierem ob id factum ex intereeſſione teneri, ut tamen ſi non ſit ſolvendo, non ſit ea res fraudi creditori, ſed eatenus ei reſtituatur actio in veterem debitorem.

VII. Quartum factum mulieris in hoc genere eſt eius renuntiatio, qua ſe dicit vel ab initio, vel poſtea, renuntiare beneficio ſenatuſconſulti Velleiani, & cum ſciat ſe eo tutam eſſe, ſi velit, ſe tamen eo non uſuram.

VIII. Sed hæc pars magna cautione indiget. Paucis enim in cauſſis id receptum eſt. Quod ius ad alias transferri non debet. Quin de eo ſi quid generaliter definire volumus, ita probandum eſt ex iure civili Romanorum, in quo nunc verſamur, mulierem intereedentem, renuntiantem pacto beneficio ſuo quanvis ſcientem 4 nihil agere, nec eo pacto impediri, quominus eodem auxilio recte quandoque utatur. Id certa ratione iuris, & non dubiis de hac ipſa ſpecie locis tam certo efficitur, ut nihil poſſit eſſe in iure civili certius Nam quæcumque pactio eſt, quæcumque remiſſio iuris ſui, & generaliter quæcumque fiunt contra leges, ſenatuſconſulta, aut alias partes iuris, ea certo iure nullius momenti eſſe conſtat. *L. iuris gentium, §. ait prætor, D. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod. L. non dubium, C. de legib.* Renuntiatio iſta mulieris eſt contra ſenatuſconſultum Velleianum. Proinde iure inutilis. Sed & quæ in fraudem legum, aut alius iuris fiunt, itidem nullius momenti eſſe placet. *d. L. non dubium, C. de legib.* Quod de iis quæ in fraudem ſenatuſconſulti Velleiani fiunt, diſerte ſcriptum eſt in *L. quidam, §. ult. D. hoc tit.* Hæc renuntiatio, ſi non eſt aperte contra ſenatuſconſultum, quaſi quæ non ſit interceſſio: at certe eſt in fraudem ſenatuſconſulti. Quare & hac ratione æque inutilis, ac priore. Eſſe hanc renuntiationem contra ſenatuſconſultum ita facile intelligi poteſt. Omnis interceſſio mulieris in totum improbatur ſenatuſconſulto, & quidem verbis ſenatuſconſulti. *L. 2. §. ult. L. ſi mulier, 14. in fin. D. hoc tit.* At renuntiatio hæc interceſſio eſt, & maxime interceſſio. Intercedere enim eſt pro alio ſe obligare. Mulier autem renuntiansſenatuſeonſulto hae renuntiatione magis

gis

3) Hoc enim caſu videtur non tam levitate quam lucri utilitate ducta interceſſiſſe Duar. *h. t. C. 2. f.* 989 dicens eſſe qui *d. L.* 23. ſic accipiunt, ſi tantundem acceperit quanta eſt ſumma pro qua interceſſit. Quod reprobat, quia hæc ſpecies omni dubio caret. At Iuſtinianus decidit quaſi valde dubiam. Subdit tamen Duarenus ſi plane exigua quantitas data, in fraudem SCti, iuvari mulierem, idque a iudice æſtimandum. Cuius arbitriu & id relinquit Menoch. *Arb. Ca.* 234.

4) Conſentit Gomez. 2. *Revl.* 13. *n.* 17. quia eadem facilitate induci poteſt ad renunciandum. Eman. Soarez. *in Annot. ibid. lit. L.* Duar. *h. t. f.* 990. Teſſaur. *Decſ.* 222. *n.* 2. Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui ſatiſd. cog.* ex qua argumentum ducit. Qui renunciare poteſt exceptioni ſuæ, fideiuſſor idoneus *L.* 7. *pr. Qui ſatiſd. cog.* Mulier non eſt idonea *d. L.* 8. §. 5. Ergo. Ad hæc in *d.* §. 1. coniungitur minori, qui nec efficaciter renunciat, nam & contra renunciationem reſtituitur; & multi, qui olim non poteer *L.* 9. *C. de Proc.* & idem ad *L.* 54. *de Proc.* Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 34. *n.* 5. Diſſent. Harmenop. *Lib.* 3. *Promtuarii tit.* 6 *pag.* 202. Fach. poſt alios 2. *Contr.* 60. Gail. 2. *Obſ.* 77. Gœd *de Cont. ſtip. C.* 7. *n.* 298. *& conſ.* Marpur. 24. *n.* 34. *& ſeqq. Vol.* 1. Georg. Acac. Euenkel. *Lib.* 3. *de Privileg. C.* 16. *n.* 26. Phil. Matth. *ad L.* 2. *de R. I. n.* 22. *& ſeqq.* P Buſius *ad L. ult. h. t.* Quorum rationes ſolutu faciles. Eorum tamen opinio conſuetudine harum regionum probata & confirmata a D. Auguſto electore *Nov* 16. *P.* 2. Quando autem renunciatio tenet, requiritur ut certior reddatur huius beneficii & admoneatur, alias iuris ignorantia præſumitur, vid. Teſſaur. *Decſ.* 222. *n.* 3. *&* 5. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 16. *P.* 2. *n.* 14. *& ſeqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. in præfat. n.* 98. *& ſeq.* Georg. Natan. *de Pact. circa Succeſſ. P.* 1. *n.* 55. Toming. *Decſ.* 1. *n.* 60. Nec notario atteſtanti de eo in inſtrumento regulariter creditur. Beuſt. *ad L.* 1. *de iureiur. n.* 247. Nec valet renunciatio in inſtrumento ſcripta, ſi notarius quæſitus neſciat quid ſit SC. Velleianum. Fachin. 11. *Contr.* 65.

gis ſe obligat. Quare & hæc ipſa renuntiatio maxime ſenatuſconſulto improbatur. Quod nihil aliud eſt, quam eſſe contra ſenatuſconſultum. *L. contra, D. de legib.* Quod ſi cui placet hanc renuntiationem recta interceſſionem non eſſe, eoque nec verbis ſenatuſconſulti contineri: at certe aperte adhibetur in fraudem ſenatuſconſulti. Hac enim renuntiatione ſaltem id agitur, ut mulier magis & efficacius obligetur, id quod ſenatus noluit. Scimus autem id dici in fraudem legis, quod lex fieri noluit, etſi verbis aperte non vetuit. *d. L. contra, fraus, ſeq. D. de legib.* Ex quo efficitur, quod poſuimus, utraque de cauſſa inutilem eſſe illam renuntiationem, quæ aut ipſa interceſſio eſt, aut interponitur interceſſionis confirmandæ cauſſa, ideſt eius rei, quam conſtat ſenatuſconſulto improbari. Idque eo magis dicendum eſt, quod placet ea quæ ſunt contra leges, qualis eſt interceſſio mulieris, non dico nuda pactione, ſed ne ſtipulatione quidem, atque adeo iureiurando confirmari poſſe. *d. L. non dubium, C. de legib.* quanto minus nuda iuris ſui renuntiatione?

IX. Auctoritas huius ſententiæ ſi quæritur, ea certa eſt in *L. ſi mulier perfecte, C. hoc tit.* qua cautum eſt, ne mulieri fraudi ſit, quod ea, cum interceſſiſſet, eamdem interceſſionem nova cautione aut pignore firmavit, ſi id intra biennium fecerit. Atqui ſi non plus eſt in repetita eiuſdem rei cautione, quam in renuntiatione: tamen illud ſaltem conſtat nihil intereſſe, utrum nova cautione mulier ſe omnino teneri velle, nec a priori obligatione recedere declararit, an vero iuri ſuo renuntiando idem ſe facere velle oſtenderit. Adde rationem, qua Iuſtinianus in ſuperiore lege utitur. Negat eam ex repetita cautione teneri debere, quia adhuc ex conſequentia ſuæ fragilitatis in ſecundam iacturam inciderit. Hanc rationem nemo non videt præcipue ad renuntiationem mulieris pertinere. Nam profecto qua facilitate interceſſit mulier, ut obligaretur, eadem facilitate nullo negotio adducetur, ut beneficio ſenatuſconſulti renuntiet, quo magis ita obligetur. Non recte moventur, ut contra ſentiant, qui moventur eo, quod traditum eſt, poſſe unumquemque iis quæ pro ſe introducta ſunt, renuntiare: poſſe paciſcendo iuris ſui perſecutionem deteriorem conſtituere, ut pactioni & renuntiationi ſtare debeat. *L. pen. C. de pact. L. pactum, D. eod.* Intelligere enim debuerant in omni pactione hoc vere dici, ſed eum hac exceptione perpetua, quæ edicto de pactis expreſſa eſt, niſi pactio ſit contra leges, ſenatuſconſulta, & cæteras partes iuris. *L. iuris gentium, §. ait prætor; D. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod.* Iam autem confectum eſt, idque etiam non obſervari turpe, ut interceſſio mulierum eſt contra ſenatuſconſultum, ſic & omnem renuntiationem quæ eamdem interceſſionem habeat, aut id agat, ut eam confirmet.

X. Sunt tamen quædam cauſſæ, in quibus placet utilem eſſe hanc renuntiationem, ut ea interpoſita denegetur mulieri auxilium ſenatuſcoſulti. Quæ ne ad exemplum trahantur, transferanturque ad alias omnes, in quibus eadem interveniat renuntiatio; facile videbimus in his propriam quamdam actionem eſſe, quæ ſua ſponte hanc renuntiationem excludat in cæteris. Eas cauſſas tres eſſe animadverto.

XI. Una eſt in matre aut avia tutelam liberorum ſuſcipiente; quas placuit ita tutelam ſubire poſſe etiam ante agnatos, ſi auxilio Velleiani renuntiaverit. *Auth. matri & aviæ, C. quand. mul. tut. off. fun. poſ.* Renuntiatio tum profutura, cum forte ſe pro pupillo obligaverint creditoribus, aut iudicium ſuſcipientes caverint iudicatum ſolvi. Alioqui futura inutilis, ſi de ſua tantum adminiſtratione caverint, ubi ſcilicet ſe principaliter obligant, non intercedant. *L. ſi mater, C. hoc tit.* Hanc vim illius renuntiationis in hac cauſſa rei neceſſitas expreſſit. Primum enim fuit, ne mater & avia, utpote fœminæ, ad tutelam admitterentur, ut fuit ius antiquum. *L. 1. C. quand. mul. tut. off. fun. poſ.* Proximum, ut ſi placet admitti, admittantur ita, ut tutelæ officium recte impleant. Quod ita fit, ſi ubi opus eſt pro utilitate pupillorum, obligentur: nec poſſunt utiliter obligari, niſi Velleiano renuntiaverint utiliter.

XII. Altera cauſſa eſt vetus, ſi mulier pro eo, pro quo interceſſit, parata ſit iudicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, & caverit ſe ſenatuſconſulti exceptione non uſuram. In qua ſpecie, cum mulierem audiri placet, ſi ita caverit, ut declaratur in *L. ult. §. pen. D. hoc tit.* apparet hoc dici, etiam utiliter hoc ab ea caveri. Hanc renuntiationem eadem neceſſitas iuris admiſit, quæ ſuperiorem. Nam ſi mulier vellet pro debitore ſolvere, licere id ei facere conſtat. *L. 4. D. eod. L. 4. C. eod.* Liceat igi-

igitur ei & pro debitore [5] iudicium accipere eius liberandi cauſſa. Nam & hoc pro ſolutione eſt & quidem invito debitore. *L. ſolutione. D. de ſolut.* Hoc admiſſo, quod iuris ratio poſtulabat, conſequens fuit, ut pro commodo actoris iſta conditione admitteretur, ſi caveret ſe, ſi condemnaretur, ſenatuſconſulti auxilio non uſuram, ne ſcilicet creditor decipiatur. Quod alioqui futurum eſt, ſi pro arbitrio ſuo mulier retardet petitionem creditoris iudicium ſuſcipiendo, deinde poſt illum deludat confugiendo ad exceptionem, quod eſt contra mentem ſenatuſconſulti. Niſi quis dicat mulierem iudicium hoc caſu volentem accipere non fuiſſe audiendam, niſi ſtatim ſolvat. Quod admittendum non eſt. Nam ſi vellet ſolvere, audiretur, ut dixi. Nunc idem facere vult. Sed prius poſtulat de debito ſibi liquere per iudicem. Negat enim deberi, quod petitur. Aperte æquum poſtulat: dum renuntiatio eius ſolutionem futuram certam faciat. Quod ita fit, ſi eam renuntiationem utiliter interponat.

XIII. Tertia ſpecies admittenda videtur, in qua hæc renuntiatio ſit utilis, ſi mulier poſt biennium, ex quo interceſſit, [6] renuntiaverit ſenatuſconſulto. Hæc enim renuntiatio, nova quædam eſt cautio & confirmatio obligationis, cum cavet mulier ſe interceſſione ita deinceps obligari velle, ut profiteatur ſe nolle uti ſenatuſconſulti exceptione. Quæ confirmatio ita recipitur poſt biennium Iuſtiniani conſtitutione, ut beneficium ſenatuſconſulti illi adimat. *d. L. ſi mulier perfectæ, C. eod.* Cætera, quæ colligit in hoc genere Accurſius ad *L. 1. D.* & ad *L. ult. C. eod.* non ſunt habenda inter huius ſenatuſconſulti exceptiones, cum in his mulier obligata in rem ſuam, & ſuo nomine non intercedat.

HUGO-

5) Hic non renunciat exceptioni in contrahendo, ſed poſt interpellationem factam in iudicio, Duar *h. t. C.* 2. *ſ.* 992. Et ſi vere rem perpendas, nec eſt hæc exceptio. Quia mens Senatus non ut cogatur mulier eo beneficio uti, ſed ut poſſit ſi velit, A. Fab. *ad L.* 8. §. 1. *Qui ſatiſd. cog.* Adde quod ratio SCti hic ceſſet. Levitas videlicet qua inducitur mulier ad facile intercedendum, ſperans illum, pro quo intercedit ſua die ſoluturum ne ipſa conveniatur.

6) Quid ſi iuramentum acceſſerit. Valere interceſſionem etiam ſine renunciatione, Beuſt. *ad L. 1. de Iuratur. n.* 248. adde Sotſer. *Lib. 1. de Iuram. C.* 25. *n.* 31. & 2. *ſeqq.* Teſſaur. *Deciſ.* 222. *n.* 10. & *ſeq.* Io. Gutterez *de Iuram.* confirmatur *P.* 1. *C.* 20. *n.* 2. Covarr. *in C. quamvis de pact. in 6. P.* 2. *Relect.* §. 3. *n.* 8. Et renunciationem tunc valere etſi non fuerit certiorata, Tiraq. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. in præfat. n.* 116. *per C. ex reſcripto* 9. *de Iuratur.* Quod quomodo hoc probet non video.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUSTERTIUS.

De ſingulorum contractuum natura, vi & poteſtate: Quæ hic ſingulorum obligatio propria, quæ præſtationes, quæ ad eas obtinendas, actiones. Atque hæc hoc libro de his contractibus, qui conſenſu ſolo perficiuntur.

CAPUT I.

De emptione & venditione: Quid ſit; & quibus rebus perficiatur. Quæ hic perſonarum, rerum, factorum diſtinctio: Quæ verborum notatio.

Tranſitio, methodus, & partitio rerum. I. II.
Emptio venditio quid. Singulis in illa factis & perſonis ſua cuique tributa appellatio, & quare. III.
Promiſcue tamen veteres ex his appellationibus alteram pro utraque ſignificanda uſurparunt. IV.
Duo, quaſi materies emptioni & venditioni ſubiecta, res ſeu merx, & pretium. Rei quæ veneat qui ſenſus & interpretatio. V.
Pretium in emptione neceſſarium & quæ hinc conſectaria. VI.
Debet in pecunia numerata conſiſtere permutationis ab emptione differentia, duo hanc conſequuntur, & quæ. VII.
Item eſſe certum, ſive dicta ab initio quantitate, ſive facta pretii demonſtratione. Demonſtratio qualis & unde ducatur. VIII. IX.
Num valeat emptio, ſi pretium ſit in arbitrium certæ perſonæ collatum. IX.
Licet illa multo pluris aut minoris rem æſtimet. X.
Etiam ſi contrahentium alteri permittatur arbitrium. Contrar:is occurritur. XII.
Quid ſi pretium generaliter arbitrio alieno permiſſum. XI.
Finis emptionis proprius qui; & quæ huic contraria. XIII. XIV.
Concluſio, & de Arrhæ datione. XV.
Si ſcriptura emptioni adhibeatur: quæ forma obſervanda. XVI.
Illius formæ neglectu quatenus emptio valeat, ſi arrhæ datio interveniat. XVII.

I. INſtituta ſuperiore libro de obligationibus ex contractu tractatione: quod ordine in hac re faciendum fuit, ut de cauſſa huius obligationis primum, deinde de effectu quæreretur, id & nos ſecuti, ab eo, quod hic primum fuit, orſi ſumus, ac de contractu hactenus diximus, ut quid eſſet, & ubi eſſet, quæcumque proponeretur conventio, poſſet intelligi. Neque ſuperior diſſertatio omnis utcumque latius patens alio ſpectavit, quam ut hoc ipſum effectum daret. Nam cum contractum definiſſemus duorum pluriumve conſenſum in hoc, ut unus alteri quid daret aut faceret; ſed conſenſum iure ad eam præſta-

tionem comprobatum: non ſolum neceſſe fuit oſtendere, ubi ille conſenſus eſſet, quem dixi: ſed etiam oratione perſequi & explicare eas res ſive cauſſas, quibus fieret, ut conſenſus iſte iure ad eam præſtationem comprobaretur. Idque ita fecimus. Nam cum hæ cauſſæ poſitæ eſſent in conventione ad obligationem pariendam recepta; in fine dandi accipiendique legitimo; in rebus idoneis in obligationem deductis; in perſona promittentis, ut eſſet, qui obligari poſſet ei, cum quo res geritur. De his ordine diximus. Quibus cognitis, expleta nimirum definitio eſt. Iiſdemque concurrentibus, intelligimus exiſtere id factum, quem contractum vocamus, unde & naſcatur obligatio huius generis. Simul illud fit, quod dixi, nulla ut poſſit proponi conventio, atque adeo nullum factum, quod conventionem vel tacitam in ſe habeat, de quo an inſit in eo contractus necne, facile ac ſtatim iudicare non poſſimus. Hoc poſito, in conventione, & negotio geſto, quod proponitur, contractum ineſſe, ſequitur effectum, ſcilicet ut quam vim contractus habeat, quid efficiat, cognoſcamus. Effectus eſt illa obligatio, quam ex contractu naſci dicimus. Ea qualis ſit, quid contineat, quas præſtationes, quam iſtas exigendi neceſſitatem adiunctam habeat, quæritur: de quibus deinceps dicemus.

II. Et quæcumque ex contractu obligatio ac præſtatio eſt, ea aut contractus natura conſtat, aut contrahentium conventione. Natura contractus eſt, poteſtas iure cuique contractui attributa, qua fit, ut illud aut illud præſtari debeat ſine alia manifeſta conventione contrahentium. Conventio eſt, qua exprimitur, quid quoque in contractu contrahentes inter ſe ſervari, & præſtari velint. Natura cuiuſque contractus propria eſt: conventio nullius propria, pro arbitrio contrahentium extrinſecus adhibetur. De natura ergo contractus, quid ea ferat, quando hæc contractum proprie attingit, prius dicatur. Ac primum hoc ſtatuatur, quod modo indicavi, naturam contractuum non omnium unam eſſe & communem. Propriam cuiuſque contractus hanc eſſe. Ideo pro ſpecie cuiuſque diſtingui. Alia eſt natura eorum contractuum, qui conſenſu ſolo peraguntur; alia eorum, qui re fiunt. Sed & in his ipſis generibus ſingulæ ſpecies utriuſque generis propriam naturam ab aliis diſtinctam habent. Puta aliud exigit emptio, aliud locatio, & ſimiles contractus: aliud mutuum, aliud commodatum, & ſimiles. Quocirca qui naturam cuiuſque contractus, atque hinc propriam cuiuſque obligationem noſſe volet, neceſſe habet duo præſtare. Primum exacte cognoſcere ſpeciem ipſam cuiuſque contractus, de cuius obligatione quæritur. Sic deinde ad eius naturam deſcendere, ex qua de obligatione eius propria iudicetur. Quod & in his iam faciemus, orſi ab emptione, & deinceps contractus reliquos perſecuturi eodem ordine, quo a me in conventionibus legitimis antea propoſiti fuerunt.

III. Emptio & venditio eſt [1] contractus mutuæ præſtationis, quo id agitur, ut pro pecunia danti res tradatur. Neque intereſt, utrum iam nunc pecunia detur pro re, quæ eo nomine tradatur; aut e converſo res tradatur pro pecunia, quæ detur eo nomine, an vero de his invicem ita præſtandis inter aliquos conveniat. Meminiſſe enim oportet emptionem ſolo conſenſu contrahi. Sic fere deſcribitur hæc ſpecies in *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de act. empt.* Itaque emptio & venditio duorum factorum diverſorum appellationes ſunt: ſed contractus unus his factis mutuis conſtans. Qui quo magis intelligeretur, ſingula in eo tum facta, tum ex factis perſonæ contrahentium, tum res ipſæ in contractum deductæ, certis ac propriis nominibus deſignata ſunt a veteribus. Is a quo res traditur, aut tradenda eſt, dicitur vendere, verbo compoſito a venum & do, ut Grammatici docent: ut ſit vendere quaſi venum dare: ideſt facere, ut ab eo, qui tradit, aut traditurus eſt, res exeat, & veniat ad eum, cui traditur. Unde res quæ traditur, dicitur venum ire; uno verbo venire. Hinc venditor, qui rem tradit pro pecunia. Hinc huius factum venditio. A quo autem pecunia eſt, quam det pro re tradita, emere dicitur: verbo ita facto, ut ſit quaſi e tuo [2] meum facio. Hinc emptor, qui pecuniam dat pro re, & huius factum emptio. Rurſum

res

1) Vult. *pr. I. h. t. n.* 7. Contractus ex conſenſu de re certo pretio habenda. Gœd. *ad L.* 66. *pr. de V. S. n.* 1. *& de Contr. ſtip. C.* 161 Contractus iuris gentium qui conſenſu de re & pretio perficitur. Fab. de Monte *de Empt.* §. 1. *princ. n.* 1. Contractus bonæ fidei, ultro citroque obligatorius qui conſenſu re & pretio perficitur. Aliter alii, vid. Mozz. *de Empt. Col.* 1. *n.* 9. *& ſeqq.* Sed parum refert.

2) Vel a Gr. ἡμῶν, ut poſt Connan. 7. *Comm.* 6. Rom. 1. *Animad.* 8. quia veteres teſte Feſto *Lib.* 1. *poſt initium Lib.* 5. *initio & Lib.* 16. *emere* pro *ſumere* & *accipere* uſurpabant. Ut quocunque genere quid fieret meum, id emere diceret, ſi modo in hoc, ut meum fieret, acciperent. Unde & enim auctoribus Latinis paſſim dicuntur, quæ alia re quam nummis parantur, ut ex Horatio, Virgilio aliiſque probat Robertus. Quæ non tam argumentis eiicit, quam acerbis & indignis cavillis eludit Cuiac. 1. *not. Marc.* 8.

res quæ traditur, dicitur merx, quaſi merex a merendo: quoniam res in emptione ea eſt, quæ meret pretium, ideſt facit, ut ſimus digni eo pretio, quod pro ea penditur. Hinc mercari pro emere: & res mereales ac promercales, venum expoſitæ. *L. mercalem, C. de cond. ob turpem cauſſ.* Pecunia quæ datur, dicitur pretium, quaſi 3 peritium auctore Varrone *Lib. 4. de ling. lat.* Eſt enim pretium ea æſtimatio rei, quæ a peritis æſtimatoribus conſtitui ſolet pro rei cuiuſque dignitate. Hæc iſtis nominibus ita notata & diſtincta ſunt a Paulo in *L. 1. D. de contr. empt.* & *L. 1. D. de rer. perm.* Verborum diſtinctio maxime eo quæſita, ut ex verbis rerum ipſarum ſignificatio & diſtinctio, ex rebus diſtinctio actionum ex empto, & ex vendito in ipſa emptione intelligeretur. Extra emptionem autem ut videre liceret, quantum interſit inter emptionem & permutationem. Earum enim cauſſarum differentia ex ſuperiore rerum diſtinctione ſumitur, quæ diſtinctio in permutatione nulla eſt. *d. L. 1. de rer. perm.*

IV. Apparet autem ex hac diſtinctione, ſic facta & res ſuperiores diverſas eſſe, ut nunquam vendere ſit emere, nunquam venditor idem & emptor, nunquam emptio ſit venditio, aut contra; nunquam merx pretium, aut contra, *d. L. 1. de rer. permut.* Quid eſt igitur, quod dicitur in *L. veteres, 19. & L. ſeq. D. de act. empt.* veteres in emptione & venditione his appellationibus promiſcue uſos eſſe ſimiliter ut in locatione & conductione? Id hanc ſententiam habet, promiſcue eos uſos eſſe, non ut uterentur 4 uno pro altero, quaſi unum eſſet alterum, ſed ut uno promiſcue uterentur pro utroque, ſive uno ad utrumque intelligendum: ut ſi vellent totum contractum intelligi, ſufficeret his vel emptionem ſolum dicere, vel ſolum venditionem. Et res atque uſus loquendi ſic habet. Qui emptionem dixit, ſimul dixit venditionem: & e diverſo qui dixit venditionem, idem dixit emptionem. Ut ad utrumque ſignificandum promiſcue alterutro uti liceat. Non ſane verbi ſignificatione, quaſi hæc ſint eadem emptio & venditio, emptor & venditor: ſed rerum ipſarum & facto-

3) Hot. *ad §. pretium (eſt verſ. ult. pr.) I. h. t.* Gœd. *ad L. 193. de V. S. n. 2.* quia ſtatui debet ex opinione communi eorum qui rerum iſtarum periti, non ut cuique videbitur. Facit *L. 63. pr. ad L. Falc.* vid. *ſupr. Lib. 8. C. 24. N. 14. & N. 11.* Iuxta Nonium, quod præeat & demonſtret quis cuiuſque rei valor. Hopper. *Lib. 4.* [illegible] *pag. 158.*

4) Ut Rob. *1. Animad.* 8. A. Fab. (ſed unde) *6. Coniect. 9.* Vult. *in pr. I. h. t. n. 2. & 3.* quia venditor pro emptore *L. 34. pr. de Contr. empt. L. 7. §. 4. Pro empt. L. 13. §. 25. de act. empt.* & contra emere pro vendere *L. un. C. Si ſerv. extero,* & Locator, ait Vulteius pro conductore *L. 9. §. 3. Locati.* Addit Robertus ſuffragari originem vocis, quia uterque agit & ut acquirat & ut a ſe abalienet, unus nummos, alter mercem. Quare uterque illo reſpectu emptor, hoc venditor dicetur. Sed recte noſter, & Connano *3. Comm. 6. n. 2.* Moaz *de Empt. Col. 1. n. 7. & 8.* Rad. Fornet. *4. Rer. Quotid. 9.* Muret. *Obſ. iuris 3.* Venditorem, ait, pro emptore qui accipiat, etiam album pro nigro accepturus videtur. Ad *L. 34. pr.* Reſp. nego ibi vel cum Cuiacio pro *venditor* reponendum *emptor*, vel cum Vulteio, intelligendum, quia ratio ſubiecta *pleraſque enim res*; huic intellectus minime convenit. Et pactio obſcura nocet quoque emptori ſi ab eo dicta, de quo forte a ibi. Ad *d. L. 7. §. 4.* Reſp. Cuiac. *1. not. Merc. 8.* emptorem ibi hominis deinde eundem alii vendidiſſe. In *d. L. 13. §. 25.* actio ex empto dicitur, quæ datur venditori, quia ſignificatur totus contractus, eo modo quo Donellus exponit, vel [illegible], quia integra appellatio eſt, ex empto vendito. Cuiac *d. loc.* Sic & verbum *emi* in *d. L. un.* ſumitur pro toto contractu, vid. Donell. *ad d. L. un.* qui fuſe illam obſcuram legem declarat. Durniuſculum videtur quod ex *d. L. 9. §. 3. Locati* a Vulteio obiicitur. Sed & id evitandi ratio eſt. Coniungi enim debet *d. §. 3. cum §. praeced.* ubi omne periculum, etiam vim maiorem, in ſe recepit conductor. Subiicit ICtus. Quid ſi ea lege ſive conventio locationi adiecta, ut innocentem ignem habeat conductor, quis damnum præſtabit? Videri poterat de diligentia ſua & cuſtodia tantum caviſſe & promiſiſſe conductor, per ſe ſuoſve non fieri, ne damnum ex incendio oriatur. Contra IC. hac ipſa conventione id actum interpretatur, ut caſus quoque incendii fortuitus præſtaretur. Unde id? Nimirum quia conventio ita accipienda, ne ſit fruſtra adiecta & ut aliquid operetur, ultra communem locationis naturam, qua damni ſua ſuorumve culpa illati præſtatio continetur. Vis igitur illius pactionis ea *ut habeat*, id eſt, præſtet *ignem* generatim, non ſuum culinarem & focarium tantum, *innocentem*, id eſt, ne nocumentum adferat locatori. Quocirca *non præſtet periculum locator*, ſed conductor niſi *culpa locatoris damnum dederit*, ſeu cauſſam incendio præbuerit. Non itaque locatoris verbo conductorem intelligemus, nec cum Gothofredo ibid. *locatori* legere neceſſe eſt. Nec etiam *locator is*, duabus vocibus, ut placere memini Val. Guil. Forſtero, quia eodem ſenſu & illi loco convenientius dicitur culpa locatoris damnum facere quo locator in culpa, ſeu per culpam. Denique nec etymon refragatur. Licat enim ex primævo vocis ortu, itemque L. 12. tabb. acceptione, omnis alienatio emptionis verbo veniat, *L. 19. cir. fin. de ſtatu lib.* cum & omnes fere contractus per emptionem, ſive veram ſive imaginariam, celebrari ſolerent, vid. *ſupra N. 2. Lib. 6. C. 6.* uſus tamen iuris, ſequenti ætate, aliud tulit, vocem generis ad certam ſpeciem revocans, *L. 1. L. ult. de Perdum. L. ult. C. de pact. inc. empt. L. 7. §. 3. & 4. de reb. cor. qui ſub tut.* Unde quoque Alc. *3. Parerg. 22. & ad L. 2. de V. O.* expoſitio concidit, quæ & ex *L. ſeq. 20.* refellitur. Quis enim dicet *locationis* verbum ita generale unquam fuiſſe, ut omne alienationis genus complecteretur, & ex ipſa *L. 19.* Differunt enim promiſcue uti & in latiſſimo ſignificato accipi. Ac licet perplures leges quibus contractus omnis quo dominium transfertur emptionis verbo veniat, adducat Fab. de Moore *de Empt. Q. 2. principali n. 1. & ſeqq.* in omnibus tamen ſit ſere inentiu extenſionis, quod de emptione conſtituta in aliis contractibus, quoad illas cauſſas, locum habeant. Extenſio autem non ex verbis, ſed ſententia ad ſimilia non eadem, nec a genere ad ſpeciem, ſed a ſpecie ad ſpeciem diverſam. Supereſt acceptio Cuiac. *9. obſ. 15.* quaſi locatio venditio, conductor emptor & contra vocati fuerint, per *L. 11. pr. de ann. leg.* & quia mancipes ementes Hygeno qui conducerent. Unde pro *idem eſt* reponit, *id eſt*. Quæ Hotommannus *ad L. 10. C. de Uſuf.* priorem ſe adverſiſſe & in comm. verb. iuris expoſuiſſe ſcribit. Sed non eſt quod Hot. inanem gloriam Cuiacio invideat. Nam & ea lectio inconcinna, ut Rob. *1. Animadv. 9.* monſtrat, & ſententia falſa; Iunguntur emptores fructuum, in *d. L. 11. pr.* colonis ſive conductoribus, non confunduntur: Imo per voculam *vel* diſcernuntur. Nam & fructuum emptio eſt *L. 8. pr. h. t.* Et manceps, auctore Feſto *Lib. 11.* quiſquis a populo emit conducitve, quia manu ſublata ſignificat ſe auctorem emptionis eſſe. Unde & mancipatio, & res mancipi.

factorum neceſſaria coniunctione. Sunt enim hæc inter ſe relata, quorum unum non poteſt eſſe ſine altero. Non enim eſt venditor, niſi ſit, qui venditum emat; nec emptor quiſquam, niſi ſit, qui prius vendat. Proinde nec venditio ſine emptione, nec emptio ſine venditione.

V. Hactenus definitio emptionis, & ad eam accommodatæ rerum, factorum & perſonarum, quæ in emptione verſantur, appellationes. Quid contineat definitio, ad naturam contractus amplius cognoſcendum eſt. Habet enim hæc conventio, ut apparet, plures partes. Cum eas diſtincte notatas & probatas eſſe expedit, quo plane & certo quando emptio contracta ſit, intelligatur: tum vero inſunt in his pleraque, quæ niſi aperte proponantur, non ſtatim eruantur ex definitione, ac ſine his non magis ſit emptio. Res ergo ſic habet, eaque vis eſt ſuperioris definitionis. Præter [5] conſenſum, qui omnium contractuum eſt communis, conſtat emptio & venditio rebus certis, & ſine dandi tradendique certo. Res duæ emptionis propriæ. A venditore res ſeu [6] merx; ab emptore pretium. Sine re, quæ veneat, nec emptio nec venditio poteſt intelligi. *L. nec emptio.* 8. *D. de contr. empt.* Quod cum dicimus, non hoc intelligi debet, ſine re quæ ſit in rerum natura, aut hominum commercio: ſed ſine re, quæ verbis conventionis exprimatur, quam venditor pro exſtante & privata vendat, pro qua & pretium ſtatuatur. Cæterum re aliqua expreſſa, quæ venderetur, quamvis in rerum natura non ſit, ut bos mortuus, fundus qui chaſmate perierit, aut non ſit in hominum commerciis, ut liber homo, res ſacra aut religioſa; ſi pro exſtante & privata veneat, dum emptor ignoret, emptio contrahitur. *L.* 4. & ſeq. *D. de contr. empt.* non ſane ut de re, quæ tradi & transferri non poteſt, emptio teneat; ſed ut valeat in hoc, quo emptori ex empto adverſus venditorem ſit actio in id, quod interfuit eius non decipi. *L. qui officii,* 62. §. 1. *L. de contr. empt.* Sane & ſine re expreſſa, quæque vere ſubſit, emptionem contrahi poſſe in una ſpecie receptum eſt. Ea eſt, cum emitur alea, id eſt res, cuius captus ex incerto eventu pendet, ea lege, ut ſive evenerit, ſive non evenerit, tamen pretium præſtetur. Id accidit cum emitur iactus [7] retis, ſeu captus piſcium vel avium, vel miſſilium, vel ferarum in venatione. In quo genere quod capitur, emptoris commodum eſt, etiam ſi [8] decuplo pluris ſit, quam pretium conſtitutum. Si nihil capitur, ipſe emit aleam, id eſt ſpem incertam, pro qua nihilominus pretium conſtitutum præſtare cogitur, *d. L. nec emptio, de contr. empt. L. cum hereditatem, D. de her. vel act. vend. L. ſi iactum. D. de act. empt.*

VI. Ab emptore pretium eſſe oportet. Sine pretio æque emptio nulla eſt. *L.* 2. *D. de contr. empt. §. pretium. Inſt. eod.* Ideo ſi quis pretium in venditione ita ponat, ut donationis cauſſa non ſit exacturus; ſi quidem donationis cauſſa minoris vendit, emptio valet. Licet enim, quod pluris eſt, minori pretio vendere: præterquam ſi inter virum & uxorem venditio intercedat: quæ etiam viliori pretio facta nullius momenti eſt. Hæc in *L. ſi quis donationis,* 38. *D. de contr. empt.* ſin id agitur, ut univerſum pretium condonetur, placet nullam eſſe emptionem. *L. cum in venditione,* 36. *d. L. ſi quis, D. eod.* ſcilicet quia ibi nullum eſt pretium, ubi pretii donatio eſt: pretium autem exigimus. Sed etſi prætextu pretii quæſito res vendita ſit [9] nummo uno, æque

5) *L. 9. pr. h. t.* Vulgo tria eſſe ſubſtantialia. Conſenſum, rem ac pretium. Fab. de Monte Q. 1. *pr. n.* 4. Q. 5. *pr. n.* 1. Mozz. *de Empt. Col.* 3. *de ſubſtantialib. Emptionis.* Vult. *pr. l. h. t. n.* 9. Conſenſus autem contrahentium ſufficit, nec requiritur etiam propinquorum ac conſortium. Improbatum enim legibus Romanis ius retractus *L. dudum* 14. *C. h. t.* Duar. *h. t. C.* 4. de quo fuſe Tiraq. *in præfat. Lib. de Retr. lign.* Quia impedit libertatem de re ſua diſponendi. Timor enim retractus animos licitantium minuit, pretia infringit, ait Curt. 2. *Coni. ad Fr.* 15. Nec falſa ratio Imperatorum ceu vult Oldendorp. *de I. & Æquit. Tit.* 8.

6) Merx loco materiæ, pretium loco formæ. Hopper. *Lib. 4.* [illegible] *p.* 139. Proprie tamen merx non omnes res venalitias, ſed mobiles, nec in his homines continet, *L.* 66. *L.* 207. *de V. S.* vid. Gœd. *in d. L.* 206.

7) Ubi nihilominus emptio pura, ac licet nihil in rete inciderit, tenet. &c Spes enim tandiu loco rei, quoad res exiſtat; etſi non exiſtat, ſpes, non res empta, Vult. *pr. l. h. n.* 33.

8) Ut non ſit locus *L. 2. C. de reſc. vend.* nec in æſtimatione eius quod extractum *L. un. C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* Forcat. *Dial.* 43. *n.* 4. Vinc. Gabot. 2. *Diſp.* 24.

9) Fab. de Monte Q. 5. *pr. n.* 21. Cuiac. *ad L.* 16. *de R. I.* P. Fab. *ibid.* Arumæ. *Deciſ.* 1. *n.* 6. & 7. & *per L.* 10. §. *ult. de acq. poſſ.* ubi nummus pretio opponitur. Quin & in imaginaria venditione nummus accedebat, Cai. 1. *Inſt.* 6. §. 4. vid. & Budæ. *Lib.* 1. *de Aſſe pag.* 32. Quin adombratam eſſe hanc venditionem arguit Horat. *Satyr.* V. *in fin.*

. . . . Seu fundi, ſive domus ſit
Emptor, gaudentem nummo te addicere . . .

Ubi Porphyrio vetus interpres: *Genus erat donationis, in qua quando aliquid donabatur, nummum dabant, ut emiſſe viderentur,* licet aliter exponat Lambin. *ibid.* Nec obſt. *L.* 66. *de Inſt. dot.* Deciditur enim ibi quæſtio ea æquitate contra ſubtilitatem iuris, ut oſtendit Duar. *ad d. L.* 10 Diſſ. Treutl. *Vol.* 1. *Diſp.* 28. *Th. ult. lit. B.* Nec vana hæc quæſtio: Multis enim interdicta donatio, promiſſa venditio, & contra. Multa de venditione conſtituta quæ in donatione non obtinent, actionis ædilitiæ, evictionis remedia

æque emptionem nullam eſſe dixerimus: quia non minus & hoc donationis inſtar habeat, utpote adhibitum, ut donatio tegeretur. Hoc quidem Ulpianus de conductione ſcribit in *L. ſi quis*, 46. *D. loc.* ſed ratio eius generalis eſt, quæ non minus ad emptionem pertinet. In ſumma imaginaria eſt, non vera venditio, quæ fit pretio vere non accedente. *L. imaginaria*, *D. de reg. iur.* Quam & ipſam ob cauſſam dicitur huiuſmodi venditio omnis pro non facta eſſe. *L. nuda*, 55. *D. de contr. empt.*

VII. In pretio duo deſiderantur, quæ definitio brevius indicat. Primum ut pretium conſiſtat in quantitate, ſeu pecunia numerata. *L. empti*, *C. de contr. empt.* *§. item pretium*, *Inſtit. eod.* Si pro re alia res detur, conſtat eſſe [10] permutationem. Et quoniam permutatio eſt, obtinuit ſententia Proculi & Nervæ, idcirco emptionem & venditionem non eſſe, repudiata Sabinianorum contraria ſententia. Idque eo argumento, quod ante indicavimus, quod in emptione & venditione res & facta contrahentium ita diſtincta eſſent, ut nunquam unum poſſet eſſe alterum Quæ diſtinctio nec eſt, nec intelligi poteſt in permutatione; in qua ſi ex contrahentibus is, qui rem dat, venditor eſt, ambo ſunt venditores, quia ambo rem dant invicem; ſi eſt emptor, ambo ſunt emptores. Item ſi una res ex his, quæ interveniunt, merx eſt, ambæ ſunt merces; ſi una pretium, ambæ ſunt pretia; quia utrinque pariter res dantur. Summa hæc eſt diſputationis Pauli in *L.* 1. *D. de contr. empt.* & *d. L.* 1. *de rer. perm.* exſtat item in *§. item pretium*, *Inſt. de empt. & vend.* Neque hoc diſcrimen de verbis tantum eſt, ne quis forte ut non magni momenti contemnendum putet. Horum utrum dicamus, in re multum intereſt. Ac ſumma differentia hæc eſt, quod emptio ſolo conſenſu obligationem parit. *Inſt. de oblig. ex conſ.* Permutationis conventio non niſi ex re ſecuta. *L. ex placito*, *C. de rer. perm. L.* 1. illic, *item emptio*, *D. eod.* Cui iam differentiæ hæc duo ſunt conſequentia: in emptione quidem ut placito emptionis interpoſito, utrique ex contrahentibus adverſus alterum ultro ſit actio de eo, quod debetur, quanvis qui agit, nihil dum ipſe præſtiterit; tantum ut quod debet, offerat, ut poſtea dicetur. *L. ex empto* 11. in prin. *L. Iulianus*, 13. *§. offerri*, *§. ex vendito*, *D. de act. empt.* Ei vero qui iam præſtiterit quod debet, multo minus ſit actio ad revocandum, quod dedit, tradidit: quia ſi is qui accepit ultro actionem habuit ad petendum, multo magis eo accepto exceptionem habere debet ad idem retinendum. *L. invitus*, *§.* 1. *D. de reg. iur.* In permutationis autem placito contraria de cauſa utrumque contra accidit: ſcilicet ut ſolus poſſit petere id, de quo convenit, qui prius rem ipſi dederit permutationis cauſſa: *d. L. ex placito.* Et qui rem dedit, priuſquam acceperit viciſſim, quod oportuit, poſſit revocare datum ex pœnitentia tanquam ob cauſſam datum cauſa non ſecuta: cum nulla re obſtringatur ad id relinquendum, ad quod præſtandum non fuit obligatus. *L.* 5. in pr. *D. de præſcr. verb.*

VIII. Alterum deſideratur in pretio, nempe ut ſit [11] certum. In quo ſciendum eſt, nihil intereſſe, utrum iam ab initio certum dictum ſit, an verbis ita conſtitutum, ut poſtea certum fieri poſſit, ac poſtea tale eſſe incipiat. *§. certum*, *Inſt. de empt.* Certum dicitur iam ab initio expreſſa quantitate; ut ſi fundus nominatim venditus ſit centum aureis. Sic conſtituitur verbis, ut poſtea certum fiat, addita ea demonſtratione, unde poſtea hæc certitudo ſumatur. Demonſtratio ad eam rem idonea aut ex [12] præterito præſentive ducitur, aut ex futuro. Ex præterito præſentive,

dia &c. Male quoque Fopp. ab Æzema 2. *Differt.* 1. uno nummo interpretatur paucis nummis ſeu vili pretio. Nam immo nummus unus non eſt vile pretium, ſed nullum *d. L.* 10. *pr.*

10) *L.* 7. *C d. t.* Quoad conſtituendam ſcilicet obligationem ex empto. Cæterum volenti deinde in alia re ſatisfieri poteſt, contractu per hoc non mutato *L.* 8. *C. de reſc. vend.* quia initium, non exitum ſpectamus circa formam ac diſtinctionem contractuum, Gœd *ad L.* 71. *de V. S. n* 3. *& ad L.* 187. *n.* 3 Schneidvin. *in §.* 2. *I. h. t. n.* 1. Pinel. *P* 2. *Rub. C. de reſc. vend. C.* 1. *n.* 16. Re autem ab initio data nihil refert etſi contrahentes emptionem nominent *L.* 6. *de præſc. verb. L.* 6. *§* 1. *de act. empt.* Pinel. *d. C.* 1. *n.* 12. *&* 2. *ſeqq.* Quid ſi pro re res & pretium mixtum dentur. Vid. Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 10. Tiraq. *de Retr. lign. §.* 30. *Gloſſ.* 1. qui ſic: 1) Spectari quid principaliter egerint contrahentes. (2) Si id non liqueat inſpici quod prævalet. (3) Si species & pretium æqualis æſtimationis, actum denominari a digniori, itaque permutationem cenſeri, quæ dignior quia antiquior. Varias ſententias refert ac expendit Pinel. *d. P.* 2. *C.* 2, quem adi. Quid ſi pecunia maior minori mutetur, ut ſit a nummulariis & (ut vocant) campſoribus? Permutatio eſt, quia merx & pretium in emptione diverſa, niſi altera detur ad pondus, altera ad numerum, poſt Conna. 7. *Comm.* 5. Pinel. *P.* 1. *Rubr. C.* 3. *n.* 15. (De neceſſitate emptionis & nummi inventi) perquam convenienter ICto *in d. L.* 1. *pr. h t.* Ariſtot. 1. *Polit.* 9. *edit.* Pacii (*al.* 6.) *&* 5. *Eth.* 8. (*al* 5.) De antiquitate emptionis, itemque nummorum origine ac inventoribus Plin. *Lib* 8. *C.* 56. Polyd. Virgil. *Lib.* 2. *de Rer. invent. C.* 20. Vacon. 1. *Decl.* 12. Forcat. *Dial.* 48. Pinel. *P.* 1. *Rub. C. de reſc. vend. C.* 1. Balduin. *ad L.* 12. *tab.* 5. Charond. 1 *Veriſim* 2. *&* 3. *Veriſim.* 11. Gœd. *ad L.* 4. *de V. S. &c.*

11) Nec probat inſtrumentum referens emptionem non expreſſo pretio, uti nec teſtes neſcientes illius quantitatem. Pinel. *in Rub. C. de reſc. vend. P.* 2. *C.* 1. *n* 7.

12) Sive per ſe ipſum, ſive relatione ad aliud, Vult. *pr. I. h. t. n.* 46. Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 9. Pinel. *de Rub. P.* 2. *C.* 1. *n.* 1. *&* 2.

tive, cum pretium refertur ad aliam quantitatem non expreſſam quidem verbis, ſed quæ certo loco, aut certa perſona deſignetur, unde & illa quantitas, re poſtea quæſita, certitudinem accipiat. Ut in hac venditione, fundus ille mihi emptus eſt, quanti tu emiſti; quanti emptus eſt a teſtatore; quantum [13] in arca habeo. Si a te, ſi a teſtatore certo pretio emptus eſt, ſi quid in arca habeo, emptio valet, & tanti fundus mihi emptus intelligitur. *L. hæc venditio, 7. §. penult. L. ſi quis fundum, 37. de contr. empt.* Et quidem hoc caſu ſtatim, quaſi pretio iam ab initio certo conſtituto. Quid enim intereſt ad certitudinem rei quomodo res deſignetur, verbis, an alterius rei demonſtratione, qua fiat, ut nihilominus res intelligatur? *L. certum, D. ſi cert. pet.* Nihil ad rem pertinet, quod ab initio pretium incertum eſt apud contrahentes. Satis eſt, quod per rerum naturam, &, ut loquitur Ulpianus, in rei veritate certum eſt. *d. L. hæc venditio, 7. §. pen.* Bene enim Iuſtinianus: *quæ per rerum naturam certa ſunt, non morantur obligationem, etiam ſi apud nos incerta ſint.* §. conditiones, *Inſtit. de verb. obl.*

IX. Ex futuro demonſtratio ſumitur, cum pretium in alterius certæ perſonæ [14] arbitrium collatum eſt, hoc modo: fundus ille tibi emptus eſt, quanti Titius æſtimaverit. Eſt hic quidem pretium ita conſtitutum, ut a principio & contrahentibus, & natura ipſa ſit incertum, ut apparet. Sed tamen ita, ut eventu, ideſt conditione exiſtente, certum fieri poſſit, atque adeo certum fiat; quod ad pretii certitudinem ſatis eſt, ut exinde quoque emptio valere incipiat, quod & probatum eſt. Itaque huius conventionis hanc vim eſſe placuit, ut ſi Titius non æſtimet, vel quia non poſſit iam mortuus, vel quia vivus nolit, nulla ſit emptio. Non quia pretium ſit incertum, ſed quia nullum. Sin æſtimet, exinde emptio valeat. Quia & pretium ſit, & certum eſſe cœperit; quod quærimus. *L. ult. C. de cont. empt. §. pretium. Inſt. eo. tit.*

X. Quid ſi Titius multo minoris rem æſtimet, aut multo pluris, quam valet? Placet nihilominus & valere venditionem, & pretium ſecundum Titii æſtimationem eſſe ſolvendum. *d. L. ult. C. de contr. empt.* Idemque de mercede alieno arbitrio permiſſa ſcriptum eſt in *L. ſi merces, 25. D. loc.* Immo ut valeat venditio: tamen, dicat aliquis, ſaltem arbitrium ad boni viri arbitrium eſſe redigendum; ut fit in aliis cauſſis, cum arbiter iniquum eſt arbitratus. *L. ſocietatem, 76.* & ſeqq. *D. pro ſoc.* Sed hoc tunc locum habet, cum arbitrium ita pravum eſt, ut manifeſta iniquitas eius appareat. *L. unde, 79. D. pro ſoc.* Quod non ſit in emptione pretio minore aut maiore quam res valeat, conſtituto. Licet enim quod minoris eſt, pluris vendere: & quod pluris eſt, emere minoris ſine iniuria. *L. item ſi, 22. §. ult. D. locat.* Vide plura in commentariis de hoc arbitrio ad *L. ſi quis arbitratu, 43. D. de verbor. obligat.*

XI. Sed pretium in certæ alicuius perſonæ arbitrium conferri volumus, puta Titii. Si generaliter permiſſum ſit alieno arbitrio, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, cuius merces permiſſa ſit generaliter alieno arbitrio: veluti, fundus tibi emptus eſt, quanti [15] alii æſtimaverint: locatus eſt, quanta mercede alii arbitrari fuerint. *L. ſi merces, 25.* in pr. *D. loc.* Ductum plane ex ſuperiore definitione. Utrumque enim aliqui æſtiment, ſemper tamen pretium ex huiuſmodi arbitrio incertum futurum eſt. Nam cum unus aliquis pretium, quod videtur, dixerit; dicet unus ex contrahentibus, cui æſtimatio non placebit, ſe de eo æſtimatore non ſenſiſſe, aut non de eo ſolo. Ad alios etiam eundem eſſe, quorum arbitrium exploretur. At poterit poſtea alius aliud dicere, & rurſum alius aliud, unde incertitudo abeat in infinitum, atque ita ignoretur, quid hic potiſſimum ſequamur.

XII. Quid tamen, ſi pretium collatum quidem ſit in certæ perſonæ arbitrium: ſed [16] arbitrium unius ex contrahentibus; velu-

13) Quid ſi dicatur: Pro eo pretio quod in arca habeo? Accurſ. & vulgo DD. & Moaz. *Cel.* 3. *de Subſtantialib. Emptionis n.* 44 venditionem valere negant, notati a Fab. de Monte *q.* 5. *princ. n* 34. Pinel. *d. P.* 2. C. 1. *n.* 3. quia ſubſtantia & effectus attendi debet, non ſonus verborum. Vaſq *Lib.* 1. *de Succeſſ. creat.* §. 10. *n.* 94. Fach. 2. *Contr.* 1.

14) Hot. 5. *Obſ.* 21. Arbitrii duplex conditio (1) Ut in certam perſonam collatum eam non egrediatur. Ergo illa non arbitrante nihil actum *d. L. ult. d. L.* 25. *L.* 75. *Pro ſoc.* etiam in ſtipulationibus *L.* 43. *de V. O.* (2) Ut ubi pronunciatum eſt, ad vim boni æquitatem redigatur, id eſt, corrigatur in bonæ fidei negociis *L.* 24. *pr. Locati L.* 22. §. 1. *de Reg. Iur.* contra in ſtipulationibus, arg. *d. L.* 43. ubi plurib. de hoc arbitrio Donellus.

15) Quio nec conventio, ut res empta ſit iuſto pretio, valida, Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n* 9 Quæ ſententia receptior, Pinel. *d.* C. 1. *n.* 19. *&* *ſeqq.* in eo tamen contra illam ſtatuens, quod exinde nec ſecuta traditione oriatur actio præſcriptis verbis, quia conventio ab initio nulla, traditione non firmatur *L.* 31. *pr. de acq. do.* Obſtat *L.* 16. §. *ult. de pig. ad* Cuiac. *L.* 2. §. 1. *h. t.* Reſp. ibi ius eſſe ſingulare, favore debitorum, ut facile reperiantur qui credant. Pinel. *d.* C. 1. *n* 25 cum Bart. & communi, ſubſiſtere conventionem vendendi iuſto pretio, illo non expreſſo, quando adhæret alteri contractui valido; non quando ſola eſt. Valet autem venditio tritici, vini, &c. pro pretio quo communiter vendatur in foro illo die, Gomez. *d. lo n.* 9.

16) Diſſ. Pinel. *d. P.* 2. C. 1. *n.* 6. Gomez 2. *Reſol.* 2. *n.* 19. & recte. Nec noſter ſecum ipſe convenit. Fatetur

veluti, fundus tibi emptus eſt, quanti æſtimaveris? Probandum eſt ex eadem definitione ſuperiore emptionem ita contrahi, ut ſi tu nullum pretium dicas, nulla ſit emptio, quæ eſt ſine pretio: ſi dicas, valeat emptio, in qua incipiat certum eſſe pretium; quod quærebatur. *arg. in L. hæc venditio*, 7. in princ. *D. de contr. empt.* Non obſtat, quod dicitur, nullam eſſe obligationem in vendentis vel ementis collata conditione comparandi. *L. in vendentis*, *C. de contr. empt.* Utrum enim debeat quis, an non debeat, in poteſtate eius eſſe non poteſt: quid debeat, quantumve, aut quando debeat, poteſt eſſe in eius voluntate. *L.* 2. *§. Scævola*, *D. de eo quod cert. loc.* Exempla in *d. L.* 7. *de contr. empt.* & *§. pen. Inſt. eod.* Nam quod ſcriptum eſt in *L. quod ſæpe*, 35. *§.* 1. *D. de contr. empt.* In huiuſmodi conditionibus, quanti velis, quanti æſtimaveris, quanti æquum putaveris, imperfectum eſſe negotium: adiicitur id tum ita eſſe, cum venditor id dicit emere volenti, qui nondum aperte in eam conditionem conſenſerit. Quod ſi quis conſentiente emptore id dictum volet, imperfectum negotium ſic accipiemus, non quod nullum ſit, ſed cuius conditio nondum extiterit. Conditionales enim venditiones, ante conditionem exſiſtentem imperfectæ ſunt, quæ tunc perfici dicuntur, cum impleta fuerit conditio. *L. hæc venditio*, 7. in pr. *D. de contr. empt.*

XIII. Finis emptionis proprius in rebus ſuperioribus transferendis hic eſt, ut emptor pecuniam det, id eſt faciat accipientis: venditor autem nihil amplius, quam ut rem tradat: ut ſi quidem dominus eſt, dominium transferat ad emptorem: ſi dominus non eſt, ſolum præſtare debeat emptori, rem traditam ei habere licere. *L. ex empto*, 11. in pr. *D. de act. em.* Hoc ita proprium emptionis, ut ſi quæ conventiones initio contra intervenerint de re transferenda, non videatur emptio contrahi. Duæ ſunt autem conventiones ſuperiori fini contrariæ: in quibus hoc ipſum licet cernere. Una, ſi dominio rei id agatur nominatim, ne ad emptorem tranſeat. Ideo placet hic emptionem non eſſe. *L. penul. §. ult. D. de contr. empt.* Rei quidem alienæ conſiſtit emptio. *L. rem alienam*, 28. *D. eod.* Sed ideo, quia ſpes eſt nihilominus eam aut acquiri poſſe, venditore eam redimente, aut venditore emptorem tuente, poſſe haberi. Quod ſi hæc ſpes habendi adempta ſit conventione, non poteſt intelligi emptio, quæ huc ſolum ſpectat, ut res paretur, ſeu acquiratur. Unde comparare pro emere paſſim legimus. *L. empti. L. invitum. L. in vendentis*, *C. de contr. em. L. multam. C. ſi quis alt. vel ſibi.*

XIV. Altera conventio huius generis eſt, ſi convenerit, non modo ut res tradatur ſed etiam nominatim ut detur, id eſt ut [17] dominium fiat accipientis, quæ huius verbi ſignificatio eſt, *§. ſic itaque*, *Inſt. de act. L. ubi*, 75. *§. ult. D. de verb. oblig.* Efficit hoc quidem maxime hæc conventio, ut res paretur emptori: ſed tamen adverſatur & ipſa fini ſuperiori & naturæ emptionis, qua id agitur ſolum, ut res emptori tradatur. Quamobrem & hæc ſpecies conventionis in eadem cauſſa habetur. Idque eſt, quod Celſus ſcribit in *L. ult. D. de condict. cauſ. dat.* ſi dederim tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, nullam hic portionem eſſe emptionis & venditionis: ſed ſolam obligationem ob rem dati re non ſecuta.

XV. Quibus remotis, ſi de ſupra ſcriptis rebus ita convenerit, ut ſupra diximus, id eſt de re & pretio certo, hoc ut daretur, illa ut traderetur, emptio & venditio conſenſu perfecta eſt, quanvis nec res tradita, nec [18] pretium numeratum ſit. *L.* 1. in fin. *D. de contr. em. Inſt. de empt. & vend.* in princ. Adde quanvis ne arrha quidem data fuerit, ut adiicitur in eod. *Tit. Inſt. de emption.* in princip. Nec quem moveat, quod ſæpe arrha dari ſolet. Non enim eo datur, quia ſit neceſſe, quaſi inquit Caius, ſine arrha conventio nihil proficiat; ſed ut evidentius probari poſſit conveniſſe. De pretio. *L. quod ſæpe*, 35. in princip. *D. de contrahen. empt.* &, ut Iuſtinianus loquitur, ut ſit argumentum emptionis & venditionis contractæ. *Tit. de em. & vend.*

tetur enim huiuſmodi conventioni ineſſe conditionem. Ergo per *d. L.* 13. *C. h. t.* Quin hoc modo eſſet in poteſtate emptoris etiam an velit eſſe obligatus ac pretium definire. Et refellitur Donel. ex *L.* 115. *pr. de V O.* quæ probat & imperfectum dici quod nullum eſt & pecuniam deberi non poſſe, incerta quantitate, quod ſic contingeret. Sic enim non uno nummo, vid. *huius Cap. N.* 9. tamen duobus tribus vel pauciſſimis liberaretur.

17) Vera ratio cur in *d. L. ult.* emptio non contracta. Cui & aliam iungit Cuiac. 23. *Obſ.* 29. Propter duas rationes ait, non eſt emptio. (1) Quia pecunia non ut pretium, ſed ſpecies ac corpus intervenit (quomodo & Vult. *in §. ult. I. de Mandato n.* 17.) (2) Quia hoc actum eſt ut dares, id eſt, ut meum faceres, quod docent ſeqq. *quia accipientis non feceris.* Diſſen. Forcat. *Dial.* 49. *n.* 4. Aliter Duar. *ad tit. D. de cond. ca. data C.* 2. Alia & gravior difficultas habet *d. L. ult.* quæ ulterius eſt loci.

18) Nec pretium numeratum. Duar. *h. t. C.* 2. Differt enim contractus implementum ab eiuſdem conſtitutione, vid. ſupra *Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.

XVI. Hactenus tamen conventio ſola perficit emptionem, dum emptio *ſine ſcriptis* ſit habita, ut eſt in *L. 2. D. de contr. em.* Quod ſic interpretandum eſt, dum non placuerit contrahentibus, ut emptio ſcripto mandaretur. Hoc enim additum eſt a [19] compoſitoribus Pandectarum propter conſtitutionem Iuſtiniani, qua cautum eſt in univerſum de contractibus omnibus, ut ſi placeat rem ſcripto geri, non aliter ratum ſit, quod geritur, quam ſi ſcriptura in mundum redacta, ſubſcriptionibus partium confirmata ſit: aut ſi per tabellionem res agitur, etiam ab ipſo completa ſit, & ad extremum partibus approbata. *L. contractus, C. de fid. inſtrum.* Quod & ipſe ita interpretatur circa emptionem, *d. tit. de empt. & vend.* in princ. Alioqui in ſcriptis habitam emptionem accipere poſſumus, eam de quo ſine conventione inſtrumentum conſcriptum eſt. Sed hoc cum ſit, non eo minus emptio ſolo conſenſu perficitur. Non enim fiunt de rebus ſcripturæ, quaſi neceſſariæ ſint ad rem gerendam; ſed ut per eas facilius res probari poſſit. Cæterum & ſine his valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem. *L. 4. D. de pignorib. L. 4. de fid inſtrum.*

XVII. Illud in conſtitutione ſuperiore obſervatione dignum eſt, quod ſi quid eorum, quæ in ſcriptura emptionis præcedere debere diximus, ſervatum non ſit, negat emptionem contrahi, & [20] teneri ea contrahentes: & tamen ſi futuræ emptionis cauſſa [21] arrha data ſit, vult eum, qui emptione uti nolit, damno arrharum affici, ut emptor quidem, qui dedit, ab emptione recedens, eas amittat: venditor autem qui accepit idem faciens, arrhas in duplum [22] reſtituere cogatur. Quod quidem videtur cum prioribus pugnare. Quæ enim pœna eſſe poteſt adverſus eum qui nihil deliquit, cum pœna ſit delicti coercitio. *L. aliud eſt fraus, D. de verbor. ſignif.* Quæ porro culpa poteſt eſſe in eo, qui iure ſuo utitur? *L. nullus videtur, D. de reg. iur.* Et an non utitur iure ſuo, qui ea emptione uti non vult, quæ nulla eſt, & qua iure non tenetur? Unde igitur pœna ſuperior, & an non ſuperiori iuri adverſatur? Reſpondeo; adverſaretur, ſi Iuſtinianus in totum conſtitueret emptionem non valere, de qua convenit, ut ſcriptis comprehenderetur, niſi obſervata eſſent in ſcriptura ea omnia, quæ exigit. Nunc autem arrharum dationem excipit, ad quam uſque emptionem valere vult, ut qui adverſus emptionem fecerit, arrharum damnum faciat. Potuit autem Iuſtinianus legi ſuæ novæ, quod voluit temperamentum addere.

CAP.

19) Ita & Cuiac. *ad d. L. 2. §. 1.* volens ab iiſdem ſimilia verba *L. 4. C. de peric. & comm.* inſerta eſſe.

20) Quia eo ipſo tacite conventum videtur, ut recedere liceat, cum antea contractus cœptus, non perfectus, ex voluntate contrahentium haberi deceat. Nec poteſt conqueri alter de fide rupta, quam imo ipſe potius violare videtur, dum libertatem pœnitendi, contra fidem conventionis, adimere nititur, argute Vaſq. *1. Ill. Contr.* 28. *n.* 22. *& ſeqq.* Ex huiuſmodi quoque contractu agitur non ex tempore conventionis, ſed ſcripturæ, Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 17.

21) Argumentum venditionis perfectæ vel perficiendæ *L. 35. pr. h. t.* ubi Cuiacius definitionem Connani taxat; cui ea eſt pretii pars quæ ab emptoribus firmandi contractus gratia repræſentatur. Nam pretii pars non eſt, cum ſine ea ſit emptio, nec in ea emptionis ſubſtantia. Adde quod in alia re quam nummis dari poteſt *L. 11. §. 6. de act. empt.*

22) Condictione ex lege per *d. L.* 17. ubi hæc pœna dicitur legitima. Si vero utriuſque conſenſu ſolvatur emptio, actio ex empto ad repetendam arrham *L. 11. § 6. de act. empt. L. 2. C. Quan. lice ab empt. reced.* Quod ſi impleatur venditio, arrha imputatur in pretium, ſi in nummis conſiſtat *L. ult. de L. com.* Cuiac. 11. *Obſ.* 17. *& ad L. 35. h. t.* Donell. noſter *ad d. L.* 17. arrhas datas condicti ob cauſſam vel ſine cauſſa repeti, altero tantum autem condictione ex lege. Quid ſi in contractu ſine ſcriptis arrha data, an reſilire liceat ſolo arrharum diſpendio? Diverſæ ſunt opiniones, quas refert Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 18. ubi poſtremam referendo probare videtur quod liceat, modo non data fuerit pro parte pretii. Et Fachin. 2. *Contr.* 18. per *d. L. 17. in fin. d. pr. l. h. t. in f.* Utrobique enim par ſtatuitur ratio emptionis, ſine ſcriptis contractæ, cui acceſſerit arrha. Contra Old. *Progym. Cl. 4. Act.* 2. Weſ. *in Par. hoc tit. n.* 9. Donell. noſter *ad d. L. contractus* 17. (*illi* 16.) (1) Quia arrha confirmandæ non infirmandæ emptioni datur *L. 35. pr. h.* (2) Quia nunquam ea vis acceſſionis adiecta obligationi, ut ab ea recedatur, *L. 4. §. 4. de re iud.* 3. arg. *L. 6. C. de reſc. vend.* & Bronch. 2. *Aſſ.* 54. ac A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. *cir. fin.* Obiic. Qui nominatim re aliqua ſibi cavet, cautione illa contentus, reliquis remediis renunciat, arg. *L. 15. §. 3. de precar. L. ult. Cod. de pact.* Reſp. Donel. regulæ locus in remediis iure conſtitutis ut in *dd. LL.* non quibus quis ſibi privatim cavet. Hinc qui ſtipulatus eſt rem tradi, & niſi tradat, pœnam, ab obligatione priore non recedit, *L. 28. de act. em.* Obiic. *d. pr. l. d. L. 17. in fin.* Reſp. Donel. ita hoc caſo, arrhis amiſſis vel duplicatis redditis, recedi poſſe, ſi alter non refragetur, ſed ea conditione concedat. Hoppet. *Lib. 4. ανεκδοτων pag.* 142. ita reſp. Amiſſurus arrhas recedere poteſt in emptione ſine ſcriptis, ea videlicet lege, quæ proportionem habet cum alia, quæ fit per ſcripturam, cui ab Imperatore coniungitur, ſcilicet ita demum ſi concepta quidem ſit, ſed non perfecta. Ex. gr. vinum venit ſub ea lege ut deguſtetur, arrha data, &c. & Ant. Fab. *d. C.* 8. ut bona comparatio ſit venditionis factæ ſine ſcriptis, & quia Imperator in *pr. l. h. t.* nihil ſe in venditione ſcriptis innovaſſe profitetur. Vid. & Fab. de Monte *Q. 5. princip. n.* 69. *& ſeq.* qui ſibi in hac quæſtione non ſatis conſtat.

Digitized by Google

C A P. I I.

Empti & venditi obligatio quæ ſit; quæ pro natura & poteſtate huius iudicii præſtationes & actiones. Ac primum de venditore, quid is iſtius generis emptori præſtare debeat ex empto. Tum de evictione.

Tranſitio, & ordo. I.

Venditoris præſtatio aut in re vendita, aut extra rem poſita: poſterioris generis alia partitio & quæ. II.

Prioris generis præſtationum ſumma capita quatuor: & quæ. III.

1. *Ut rem tradat ſeu vacuam rei poſſeſſionem; an ad id ex conventione teneatur, an ex iuris interpretatione. Hæc obligatio qualis.* IV. VI.

Quid ſi res perierit, aut facta deterior. Obiter de commodo & periculo rei venditæ. V.

2. *Ita tradat, ut rem perpetuo habere liceat emptori, ſeu evictionem præſtet, & quæ huius effecta.* VII.

Evincere quid ſit, tria ad evictionem facere. VIII.

1. *Si res emptori auferatur. Quid huic iuri conſequens.* IX.
2. *Si iudicio auferatur, non vi; nec emptoris amittatur voluntate.* X.
3. *Si petitoris iure fuerit ablata; ſecus ſi evictio acciderit.* XI.

Emptoris culpa, ſi hic auctorem non laudaverit, aut illo abſente iudicio non adfuerit, aut facto ſuo cauſa ceciderit. XII. XII. XIV.

Item iudicis ſive iniuria, ſive imperitia. Quatenus utraque probetur in iudicio. XV.

Item publicatione rei venditæ. Quæ huius a duobus ſuperioribus differentia. XVI.

Actio evictionis nomine qualis. Quas res contineat, & qui illius uſus. XVII. XVIII.

Ceſſat evictione ſecuta, aut emptoris culpa, aut pacto venditoris. XIX.

Pacto venditoris. 1. *ſi hic rem non ut ſuam vendidit: ſed ut vectigalem, aut pignori ſubiectam.* XX.

2. *Cum iactus retis emptus, aut miſſilium captus. Ad quas res captus pertineat.* XXI.
3. *Si aperte caverit, ne quid præſtet evictionis nomine. Cautio hæc quomodo temperanda.* XXII.

I. ATque hoc modo fit & contrahitur ea ſpecies contractus, quam emptionem & venditionem vocamus. De obligatione empti & venditi, deque mutuis præſtationibus, quæ in hac obligatione verſentur, videamus. De iis loquor, quæ pro natura & poteſtate huius iudicii inſint, de quibus nobis inſtitutum eſt quærere. Cumque in hac ſpecie duos obligari conſtet, venditorem emptori, & emptorem venditori; ſit autem in eo præcipua cauſſa emptoris, cuius maxime gratia emptio contrahitur: de obligatione venditoris primum dicatur, ex qua poſſit intelligi, quid eum huic ipſi emptori præſtare oportcat.

II. Et duo genera ſunt earum præſtationum, quæ pro natura obligationis venditi ſine alia conventione a venditore exiguntur. Quædam enim verſantur in re vendita, quædam extra rem. Et harum poſteriorum rurſum ſpecies duæ. Poſitæ ſunt enim quædam in commodis rei venditæ; quædam in ſtipulationibus quibuſdam ad cautionem emptoris in re vendita comparatis.

III. Earum præſtationum quæ a venditore in re vendita citra aliam conventionem exiguntur, quatuor ſunt capita. Primum, ut rem venditam tradat emptori: Secundum, ut ita tradat, ut traditam emptori habere liceat, ne evincatur: Tertium, ut dum emptor rem habebit, habeat incorruptam, & quoad fieri ex bona fide poteſt, omni ſervitute atque onere liberam: Quartum, ut quidquid de re vendita dixit venditor, etiamſi non promiſerit, id præſtet emptori.

IV. Illud primum, ut dixi, ut venditor rem ipſam tradat. *L. ex empto*, 11. in pr. & §. *venditorem*, in fin. *D. de act. empt.* Quod quidem a iure proficiſci, non etiam a conventione empti & venditi apparet. Venditur enim res ſimpliciter: ut transferatur quidem poſſeſſio in emptorem; non tamen ita, ut de domi-

nio

nio rei, aut de iure ſolum habendæ rei quidquam exprimatur. At hoc poſterius placuit, iure ſcilicet præſtationem propter utilitatem conventionis ita interpretante; quoniam alioqui dominii tranſlationem exigentibus nobis ſæpe intercidérent venditiones, aut non conſequeretur emptor de re empta, quod cupit; cum ut plurimum accidat, ut qui vendit, non ſit dominus, etſi ſe putat, aut certe an ſit dominus, ſit incertum. De quo plura infra in emptoris obligatione, quem dicimus debere facere pretium accipientis. Ut merito inde quæratur, cur amplius in hac præſtatione ab eo exigatur. Eſt autem hæc obligatio, ut apparet, in faciendo. Ideo exitus hic, ut ſi res vendita non tradatur, teneatur & condemnetur venditor in id, quod rem habere [1] emptoris intereſt. *L.* 1. in princ. *d. L. ex empto*, §. *idem ait*, *D. de act. empt.* quod in omnibus faciendi obligationibus generaliter obſervatur. *L. ſi quis ab alio*, in fin. *D. de re iud. L. ſtipulationes*, 72. verſ. *Celſus*, *D. de verb. oblig.*

V. Et hoc ita eſſe conſtat, quandiu res exſtat, qualis vendita eſt, quam & venditori per rerum naturam tradere poſſit, neque tradit. At quid, ſi perierit aut deterior facta ſit, ut iam per rerum naturam aut tradi non poſſit, aut non talis, qualis eſt vendita. Hic quæſtio introducitur de periculo rei venditæ ad utrum pertineat, venditoremne, an emptorem. In qua illi Titulo locus eſt, qui inſcribitur *de periculo & commodo rei venditæ*, *D.* & *C.* Sed ſciamus quæſtionem eſſe non emptionis propriam, ſed univerſi generis contractuum omnium, in qua quæritur, re debita perempta aut deteriore facta, utrum debitor etiam nunc teneatur quaſi re exſtante: an vero liberetur, quaſi præſtatione impoſſibili facta, a qua obligatio incipere non potuit. *L. impoſſibilium. D. de reg. iur.* Quæ quæſtio cum ad liberationes pertineat, ibi de ea in commune dicetur, ne idem ſæpius & ubi non eſt locus, inculcare cogamur. Si quis tamen hic ſummam requirit eorum, quæ de hac ſpecie in libris noſtris tradita legimus, hæc eſt: cum in emptione & venditione utriuſque partis utilitas vertetur, venditorem ante, quam rem tradat, pro communi ſimilium contractuum lege in re vendita ſervanda tuendaque cuſtodiam & diligentiam præſtare debere: eamque non quantam ſuis rebus adhibet, ſi forte alius ſit eo diligentior, ſed qualem bonus paterfamilias ſuis rebus ſolet, ideſt exactam: tantum ut caſus fortuitus ſit excuſatus. *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *L. ſi vendita*, *D. de per. & com. rei vend. L. venditor*, 36. *L. pen* in pr. *D. de act. empt.* Sed ante quam res ſit tradita, inquam. Nam poſtquam tradita eſt, ſit emptoris, ideo & periculo eius eſſe incipit, *d. L. venditor*, *de act. empt. L. quod ſi* §. 1. *de per. & comm. rei vend.* Lex, ut dixi, omnium contractuum & obligationum ſimilium communis, tradita in *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. commod. L. contractus*, *D. de reg. iur. L. ſi ſervus*, 108. §. *cum quid*, *D. de leg.* 1. Cui conſequens eſt, ut ſive res vendita perierit, aut deterior facta ſit, ſive quid accedere potuerit, neque acceſſerit ante traditionem: ſi quidem contigerit caſu, venditor non teneatur, ſed periculum ſit [2] em-

pto-

[1]) Gravis altercatio eſt de præciſa venditoris, aut alternata obligatione, tracta olim inter Martinum & Ioannem antiquos gloſſographos, multumque a multis magna contentione agitata. Quam plenius excutere hic non licet. Conſentiunt noſtro Placentin. *de Variet. act. Lib.* 2. *Tit.* 22. Covar. 2. *Var. Reſol.* 19. *n* 1. Vaud. 1. *Q.* 9. Charond. 3. *Veriſim.* 12. Fachin. 2. *Contr.* 30 Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 9. *n.* 65. *&* 3. *ſeqq.* Contra verius, ac æquius Cuiac. *in L.* 72. *de V. O.* Old. *C.* 4 *Act.* 1. *n.* 7. Coraſ. 2. *Miſc.* 3. *n.* 7. Gomez. 2. *Reſol.* 10 *n.* 22. *cir. fin.* Moz. *Col.* 4. *de Natural. emptionis n.* 26. *& ſeqq* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 3. *n.* 25 Fab. de Monte *Q. pr.* 6. *n.* 38 *& ſeqq.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 81. Bron 2. *Aſſ* 57. Andr. Clud. *de Condict. C.* 1. *n.* 71. Boſius *ad L.* 1 *de act empt* Scite A. Fab. 6. *Coniect.* 2. Quod præſtatur intereſſe, empti iudicio, non fit vi & poteſtate obligationis, ſed æquitate iudicii, quod bonæ fidei eſt, & eam tantum ob cauſſam, quod obligationi non ſatisfecerit. Si non cogitur tradere præciſe, melior erit eius conditio, quam, ſi ex ſtricto ſtipulationis contractu debeat *L.* 75. §. *ult. de V. O.* Mala fide rem retinet, quam præſtandi facultas eſt Hoc autem ex bona fide eſt, ut ſi renuat tradere, liceat emptori petere quicquid intereſt *d. L.* 1 *pr. d. act. empt.* Quod ſi rem ipſam habere malit: eadem bona fides facit ut præſtetur illi, ſi poſſit. At tradere facti eſt reſp A. Fab. *d loc* Sed non eſt communi genere, ad quæ quis cogi nequit ſine vi. Alioqui nec ad dandum præciſa erit obligatio, cum dari res, ut dominium transferatur, nequeat, niſi tradatur. Ratio cur in facti obligatione præſtatio intereſſe liberet, ne libero homini vis fiat, hic deficit. Quin hic non tam agitur ut factum interveniat venditoris, quam ut emptori acquiratur poſſeſſio, quod & iudicis auctoritate manu militari fieri poterit *L.* 68. *de R. V* Quin & vulgata DD aſſertio eſt, quando factum facile & temporis momento expediri poteſt, debitorem ad id præciſe teneri, per Auctorit. all. a Zoan *ad L.* 2. *C. de poſt. int. empt n.* 73. Sane aperte iniquum eſt, ſi venditor tradendi facultatem habeat, ſed præſtare recuſet, ex fraude illius fidem conventionis implere nolentis, emptorem innocentem probationi difficillimæ eius quod intereſt adſtringi Probatur hæc ſententia, & ex *L.* 68 §. *ult. h. t.* & *L.* 46. *de act. empt.* ubi verba *cogetur implere* arguunt abſolutam tradendi neceſſitatem, quia illa oritur ex ſuperveniente dominii, cum facultatem tradendi tunc conſequitur, quam antea cum venderet, non habuit. Ad intereſſe enim tenebatur etiam priuſquam heres fieret; & Paul 1. *Sent.* 13. §. 10. Quin ex *L.* 6. *C. de reſcind. vend.* firma mihi videtur illatio. Duplo pretio oblato emptor recedere ab emptione non cogitur *d. L.* 6. Atqui æſtimatio eius, quod intereſt in venditionibus duplum excedere nequit *L. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* Ergo &c.

[2]) Diſſent. tamen a recepta fere omnium traditione, & aperto iure muniti, Cuiac. 8 *ad Afric. in L.* 31 *locati* per eam legem ad quæ n varie. Reſp. Henric. a Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 33. Hopper. *Lib.* 4. *ἀνωνύμου* *pag.* 198.

Pac.

Digitized by Google

ptoris. Sin culpa, & vel leviſſima negligentia venditoris, id omne venditor præſtare debeat. *L. quod ſæpe*, 35. §. *ſi res D. de contrah. empt.* *L. ſi ea res*, 31. *L. venditor*, 36. *D. de act. empt.* *L. ſi vendita, de per. & comm. rei vend.* Ita tamen, niſi re a venditore oblata emptor in ea accipienda moram fecerit. Quo facto incipit dolus ſolus a venditore præſtari, quanvis ipſe prius interpellatus moram feciſſet in re tradenda, ut ſic poſterior mora auctori ſuo noceat. *L. illud*, *D. de per. & comm. rei vend.* Eadem dicemus, ſi futuris rebus venditis, puta fructibus fundi, aut fœtu pecorum, aut ancillæ partu, id egerit venditor, ne ea naſcerentur, ut ſic de his non minus ex empto teneatur. *L. nec emptio*, 8. *D. de contr. empt.*

VI. Sed redeo ad res venditas, quæ debentur. De his, ut dixi, hæc prima venditoris obligatio eſt, ut tradi debeant emptori. Qua parte hæ duæ quæſtiones occurrunt, interdum appellatione rei venditæ quid contineatur: ſemper autem quid ſit tradere. Prior illa ut plurimum in ædibus & fundo aliquo venditis, dum hoc quæritur, quid ſit ædium, quid fundi, ut hoc totum in eamdem præſtandi obligationem veniat. Id vero fuſe explicatur in *L. Iulianus*, 13. §. *ult.* & quinque *LL.* ſeqq. *D. de act. empt.* inde petendum. De tradendi autem verbo ſi quæritur. Verbum ſic accipitur, ut ſit non ſimpliciter de manu in manum tradere, aut deducere emptorem in nudam detentionem rei, ſed tradere vacuam poſſeſſionem. *L.* 3. §. *primo*, *D. de action. empt.* Vacuam intelligere debemus, quæ ab omnibus non ſolum veris poſſeſſoribus, ſed etiam iis, qui quoquo iure rem teneant, vacua eſt; ut ſi alius ſit in poſſeſſione eius rei, vel rei ſervandæ cauſſa ut creditores, vel legatorum ſeu fideicommiſſorum nomine; non ſit vacua poſſeſſio. *L.* 2. §. *ult D. de action. empt.* Eoque nec videatur res tradita, quæ his in poſſeſſione manentibus tradita fuerit. Unde intelligitur eamdem hic quoque manere emptori actionem in id quod intereſt, quaſi re non tradita.

VII. Secundum caput huius generis præſtationum ſuperiori proximum eſt, ut venditor non ſolum ab initio vacuam poſſeſſionem tradat emptori; ſed etiam ita tradat, ut in poſterum quoque perpetuo rem emptori habere liceat, ne evincatur ſcilicet ob id, quia forte res aliena fuerit, aut pignori obligata: quibus de cauſſis iure proprietatis a domino, iure pignoris a creditore evinci poteſt. Indicatur hoc caput præſtationis in *L. in vendendo*, 66. *D. de contrah. empt.* *L. venditor*, 8. *D. de evict.* *L. ex empto*, 11. in princ. & §. *idem Neratius*, *D. de act. empt.* Et vero hoc ipſum etiam tradendi verbo continetur. Iam enim dixi tradere eſſe vacuam poſſeſſionem tradere. Non videtur autem tradita poſſeſſio, ſi quis eam iure avocaverit. *L.* 3. in princ. *D. de act. empt.* Huc etiam pertinet, quod traditur in *L. in conventionalibus*, 52. §. 1. *D. de verb. obligat.* his verbis vacuam poſſeſſionem tradi ſpondes? non nudum factum contineri, ſed cauſſam bonorum. Hoc enim ſignificatur his verbis, ita rem tradi debere, ut traditio iſta ſit nobis cauſſa bonorum, ideſt cauſſa qua fiat, ut res nobis tradita in bonis noſtris habeatur, ſeu habeatur pro noſtra. Quod ita ſit, ſi nobis eam habere licebit ita, ut invitis nobis eam alii tenere non liceat. *L. rem in bonis*, *D. de acquir. rer. dom.* Hinc evenit, ut priuſquam res evincatur emptori, nullus ſit regreſſus emptori adverſus venditorem; quia emptori rem habere licet, atque ita fit, quod venditor debuit. Contra autem ubi res evicta eſt, continuo ſit actio emptori adverſus venditorem ob evictionem. Quam ad rem & venditorem obligari diſerte ſcriptum eſt in *d. L. ex empto*, in pr. *de act. empt.* quo magis licet huius capitis obligationem iure certo conſtitutam agnoſcere. Atque hic fons eſt evictionis, hic de ea cognoſcendi locus. De qua parte iuris ſcripſi iam olim ex profeſſo, & quantum is locus ad iuſtam explicationem iuris de eo recepti poſtulare videbatur; exſtatque commentarius in [3] operibus noſtris prioribus, unde plura & certiora ad hanc partem pertinentia, ſi quis vult, petere licebit. Nunc ne quid deſit, ſufficiet locum attigiſſe. In quo ideo quam pauciſſimis fieri poterit, ſummam rerum perſtringam.

VIII. Evincere rem emptori, eſt rem venditam iure iudicioque ei auferre. Nomen ex conſtitutione iudicii. Nam iudicio contenditur, certaturque de victoria inter litigatores. In qua contentione vincit

Pac. 5. *Enant.* 9. expeditius A. Fab. 2. *Coniect.* 4. Vinc. Cabot 1. *Diſput.* 25. ad quos, quia hic omnia expedire non licet, remitto.

3 Conſtitui enim ſi res meæ ferent, eorum epitomen cum aliis quibuſdam poſteriori parti ſubiungere, ſive ſeorſim poſt eam in publicum mittere. Libuerat quidem, idque facilius erat, ex eo tractatu *hic* & *Cap. ſeq.* de evictionibus & ædilitio edicto interſerere quæ deficiunt loco maxime ſuo. Sed veritus ſum ne iuſtum voluminis modum pars hæc prior excederet.

cit is, ſecundum quem iudicatum eſt. Unde actor qui in iudicio proprietatis rem auſert ab emptore poſſidente, recte dicitur vincere ab emptore, quod petit, id eſt rem petitam. Hoc autem eſt uno verbo rem evincere. Ut ergo res emptori evicta intelligatur, quo nomine ſit actio emptori adverſus venditorem, tribus his rebus continetur; ut res ſit ablata emptori; ut ablata iudicio; ut iudicio & iure ob id quod res aliena eſſet, aut pignori obligata vendita.

IX. Illud ante omnia exigit evictio, ut res auferatur emptori. Seu ut emptori ſpes omnis habendæ rei abſciſſa ſit. Quæ ſi illi aliqua supereſt ante ablatam vel abductam rem, nulla eſt ei de iure habendæ rei actio; quia rem habere ei licet. *L. evictus*, *L. habere*, *D. de evict.* Ideo nec quæſtione de proprietate emptori mota, interim venditor conveniri poteſt vel ad pretium reſtituendum *L.* antep. §. 1. *D. de eviction.* Quanto minus, ſi nulla lite mota, res aliena vendita eſſe dicatur, quanvis dicatur id certis rebus poſtea conſtitiſſe? Sane ſi quis alienum vendiderit ſciens, quia decepit emptorem, ob dolum ſtatim empti iudicio tenebitur in id quod emptoris intereſt. *L. ex empto*, §. *Caſſius*, in fin. *L. tenetur*, 6. §. *ult. D. de act. empt.* Sed etſi dominii quæſtione mota non poteſt agere emptor adverſus venditorem, poteſt tamen interdum retentione uti. Nam ſi ante pretium ſolutum dominii quæſtio mota ſit, iuſte emptor pretium ſolvere recuſabit, niſi fideiuſſores idonei a venditore eius evictionis nomine offerantur. *L.* pen. §. 1. *D. de per. & com. rei vend.*

X. Secundum exigit evictio, ut res ablata ſit iudicio, dum ſententia iudicis pronuntiatum eſt rem venditam eſſe petitoris, aut illi pignori obligatam. *L. non tamen*, *D. de evict.* atque hinc etiam evincendi verbum; ut dixi. Quare ſive vis aliena ſine iudicio rem abſtulit emptori, ſive ipſius voluntas, ceſſabit ob evictionem actio. Vis aliena; ut ſi ager venditus principis iuſſu ablatus ſit, & aut diſtractus, aut militibus aſſignatus. *L. Lucius*, 11. *D. de evict.* Emptoris voluntas; ut ſi ſervum priuſquam alienum eſſe cognoſceret, manumiſerit; *L. ſi ſervum*, 25. *D. eod.* ſi rem traditam pro derelicto habuerit; *L. ult. eod.* si conventus a vero domino rem illi citra iudicis diſceptationem reſtituerit. *L. ſi cum quæſtio*, *C. eod.* & ſi quæ ſunt alia huius generis.

XI. Tertium proprium evictionis, non ſolum ut res auferatur iudicio, ſed etiam petitoris iure, vel quia res eius fuerit, cum vendita eſt, vel quia illi obligata pignori. *L. ſi non iniuria*, *C. eod. L. Herennius*, §. 1. *D. eod.* Hoc iure res iudicio evicta videbitur, ſi non alia res probabitur cauſſam dediſſe evictioni. Quod ſi probabitur, nulla erit ob evictionem actio. Tres res aliæ, quam ſuperiores, evictioni cauſſam dare poſſunt; culpa emptoris, iudicis iniuria, publicatio rei venditæ. De prioribus duabus nulla dubitatio, quin utra earum rerum quid evictum erit, non ſit actio eo nomine adverſus venditorem. *L. 1. C. de rer. permut.*

XII. Culpa triplex emptori obiici poteſt, cur victus ſit de re vendita. Totidem cauſſæ ad inhibendam actionem pro evictione. Principio lite ei mota, iubetur in primis laudare auctorem ſuum, id eſt denuntiare venditori ſibi litem motam, petere ut ad agendam cauſſam adſit. Id ſi non facit, placet venditorem ei ob evictionem non teneri. *L. auctore. L. emptor. L. ſi cum quæſtio*, *C. de evict.* Nempe quia hac denuntiatione omiſſa, emptor ſua culpa vinci intelligitur. Cum enim agatur de re venditoris, potuit is melius ſcire, quid hic ſui iuris eſſet, quas ad rem venditam tenendam defenſiones aut probationes haberet. Quæ ideo emptori amiſſæ ſunt, quia venditori in tempore non denuntiavit, ut ius ſuum tueretur. Denuntiare emptor venditori non præciſe & omnimodo cogitur: ſed ita demum, ſi venditor præſens ſit. Sed etſi per præſentiam fiat, quominus ei denuntietur, nihil nocet omiſiſſe denuntiationem. *L. ſi ideo*, 55. §. *ult. D. de evictíon.* Quo tempore denuntietur venditori, ut de re agenda adſit, ſtatimne, an poſt litem conteſtatam, nihil refert: dummodo denuntietur tempeſtive ante rem iudicatam, ut ſit venditori ſatis temporis ad expediendas ſui iuris defenſiones. *L. ſi rem*, 62. §. *ult. D. de evict.*

XIII. Proxima culpa emptoris eſt, ſi abſente auctore, aut auctoritatem, ſeu defenſionem defugiente, emptor ipſe iudicio non adſit. Nam dum venditor adeſſe volet, & cauſſæ defenſionem ſuſcipere, nihil neceſſe eſt emptorem in re aliena ſatagere. At ſi venditor defenſionem negliget, tum hoc ex bona fide iniungitur emptori, ut ipſe ſaltem cauſſam agat, ut poteſt, & ſi quas habet defenſiones aut ex perſona ſua, aut ex perſona venditoris, his utatur, quoniam & iure uti poteſt. *L. emptori*, *C. de evict.* Si ſecus facit, placet re evicta denegari ei actionem, tanquam magis ſua culpa victo, quod

abeſſet,

abeſſet, quam quod malam cauſſam haberet. *L. emptor, C. eod. L. ſi ideo*, in princ. *D. eod.* Hoc tamen ita, niſi res evicta ſit a venditore ipſo. Quem quidem vindicantem quod ipſe vendidit, conſtat exceptione doli mali poſſe ab emptore ſummoveri. Si tamen hac exceptione omiſſa paſſus ſit emptor ſe condemnari, placet nihilominus venditorem evictionis nomine conveniri poſſe. *L. vindicantem*, 17. & 2. ſeqq. *D. de evict.*

XIV. Tertia culpa emptori obiici poteſt, quanvis & denuntiaverit auctori ſuo, & illo recuſante ſedulo cauſſam egerit, ſi exceptione aliqua, quæ ei ex facto ſuo obſtaret, remotus ſit. Quamobrem & hoc caſu regreſſum adverſus venditorem non habet. *L. hoc iure*, 27. *D. de evict.* Quippe factum illi ſuum, non adverſario nocere debet. *L. factum, D. de reg. iur.* Finge, inter emptorem, & eum, qui de proprietate nunc litem movet, fuiſſe aliquando controverſiam de eadem re. Transactum inter eos, ita ut paciſceretur emptor ſe de ea re nunquam actori controverſiam moturum. Si iterum reperiatur emptor eamdem rem poſſidere, & exiſtat vetus ille actor, qui eamdem illam ab emptore petat: dicemus, ſi petitor emptorem aliis defenſionibus, quanvis iuſtis utentem, replicatione ſuperioris pacti removerit, nihil hoc nociturum venditori, quia facto & culpa emptoris evictio contigerit.

XV. Quod facit culpa emptoris, id facit iniuria iudicis, ne evictio venditori noceat. *L. ſi non iniuria, C. de evictiom. d. L. 1. C. de rer. perm.* Neque hic quidquam intereſt, utrum pecunia corruptus iudex, aut alius dolo malo male iudicaverit, an imperitia, & errore. *L. ſi per imprudentiam*, 51. *D. de evictiom.* Si quæritur, quomodo hic probetur corruptela iudicis, aut imperitia, non eſt in eo anxie laborandum. Probatio ſemper patebit ex actis cauſſæ. Nam ſi actor allegaverit præſcriptionem longi temporis, quam & probaverit; ſi actor oppoſuerit exceptionem rei adverſus eum quandoque iudicatæ de eadem re, aut exceptionem pacti conventi, ne eam rem peteret, & iudex harum exceptionum rationem non habuerit: ſatis argumenti eſt iudicem iniuria iudicaſſe. Cum de eius iniuria conſtabit, nihil neceſſe eſt quærere, utrum ſordibus, an imperitia male iudicaverit: cum utrum horum factum ſit, nihil intereſſe diximus.

XVI. Publicati fundi venditi paulum diverſa cauſſa eſt. Hoc diſſidet, quod cum fundus venditus, prius quam traderetur, publicatus eſt, non tenetur venditor in id quod emptoris intereſt quaſi evicto fundo. *L. ſi fundus*, 33. *D. locat.* Non enim ideo ablatus eſt, quia venditoris non eſſet, cum venditus eſt: ſed contra ideo ablatus, quia erat venditoris. Sic autem evinci oportet, quaſi alienus fuerit. *d. L. Herennius*, 63. §. 1. *D. de evictiom. L. ſi fundum, C. eod.* Illud convenit, quod fundo publicato, ſaltem hactenus tenetur venditor, ut pretium reſtituat. *d. L. ſi fundus, D. locat.* Merito: nonnulla enim eius culpa eſt, quod ſit evictus. Quod ſi in aliis partibus omnibus venditi culpam præſtare debet: *L. ſi vendita, D. de perm. & com. rei vend.* æquum eſt eum hanc ipſam ſaltem hactenus præſtare, ne pretium retineat pro re, quam culpa ſua non præſtitit.

XVII. Quibus remotis, & ſimilibus, quæ evictioni contraria eſſe diximus, ſi tria illa concurrent, ut res emptori ablata ſit; ut ablata iudicio; ut ablata iure, quia res iam ab initio in ea cauſſa fuerit, ut emptori avocari poſſet: tum demum res evicta eſt ita, ut quærimus, eſtque eo nomine emptori actio ex empto ob evictionem adverſus venditorem ſive tota res, ſive pars evincatur *d. L. ex empto* in pr. *L. 1. D. de evictiom.* Partem hic intelligimus non tantum corporalem, ſed etiam partem emolumenti rei, veluti uſumfructum, ut ſi forte is in re vendita alienus fuerit, & ab eo, cuius erat, evictus emptori, etiam huius nomine actio competat ob evictionem. *L. nave*, 36. *L. vaccæ*, 43. *D. de evictiom. L. ſtipulatio iſta*, 38. §. *ſi quis forte, D. de verbor. obligat.* Quare & de eo quod emptioni acceſſit, ſi evictum ſit, eadem erit actio: poſtquam ita placuit, quod emptioni accedit, partem venditionis eſſe. *L. quod ſi nolit*, 31. §. *ult. D. de ædil. edict.* Quinimo & in actione ex empto, quoniam placet homine vendito non tantum hominem, ſed & partum ancillæ, & ſi qua hereditas aut legatum per ſervum acquiri poteſt, omne emptori præſtari debere, ut habere ei liceat; etiam illud probandum eſt, ſi quid de his evictum ſit, agi ex empto poſſe. *L. venditor*, 8. *de evict.*

XVIII. Eſt autem actio ob evictionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, ſed in id quod emptoris intereſt. *L. evicta*, 70. *D. de evictiom.* In quo continetur non tantum res vendita, ſed etiam quæ inde nata, quæſitave ſunt, aut acquiri poſtea potuerunt. *d. L. venditor. de evictiom.* Item & pretium rei, non quanti emptor emit, ſed quanti alii vendere

potuit,

potuit, ut id pretium certo ex re vendita conſequeretur. *L.* 1. in princ. *D. de action. empt.* Ut, ſi emerit ædes mille, & tunc evictæ ſint, cum certo vendere potuerit duobus aut tribus millibus; etiam huius commodi ratio habebitur in æſtimatione eius quod intereſt.

XIX. Interdum tamen ob evictionem ceſſat actio, quanvis re legitime evicta ita, uti ſupra dictum eſt. Quod accidit partim emptoris culpa, partim quia id actum eſt. Culpa emptoris obſtat ei, ſi ſcivit rem venditam alienam eſſe aut pignori obligatam, & nihilominus emit. *L. ſi fundum, C. de eviction.* Apparet enim eum qui id faciat, rem talem emere, qualis eſt; ut ſi poſtea ea evincatur, ipſe de ſe queri debeat, qui a ſe decipitur, non a venditore. Argumen. in *L.* 1. in fin. *D. de act. empt. L. nam ſi actor*, 26. *D. de rei vindicat.* Adeoque eum qui ita ſciens emat, placet regreſſum adverſus venditorem ob evictionem non habere, ut ne repetere quidem poſſit, quod dedit, nedum agere in id quod ſua intereſt; niſi ſi nominatim de evictione ſibi caverit. Hoc in *d. L. ſi fundum, Cod. de evictione.* Ubi autem actam eſt, ne venditor evictionem præſtaret, illic conſtat conventionem eſſe ſervandam ex generali edicto de pactis, cum ſit pactio de re privata & familiari. *L. iuris gentium*, §. *ait*, §. *ſi paciſcar*, *D. de pact.* Ex hoc fonte placet venditorem tribus his in cauſis non teneri re evicta.

XX. Primum tunc, cum rem vendidit non ut ſuam, ſed ut vectigalem, aut ſuperficiariam, aut pignoris iure ſibi obligatam; deinde dominii iure evicta eſt ab eo qui dominus erat. Apparet enim id actum, ne venditor amplius quid præſtaret, quam id ius, quo ſibi rem defendebat. Ideo hoc caſu placet eum non teneri nec ad pretium reſtituendum. *L. ex empto*, 11. *D. de act. empt.*

XXI. Sed nec tunc tenetur venditor, cum iactus retis, aut captus miſſilium emptus eſt, si quid ex iis, quæ in captum inciderint, evictum sit. Eadem illa ratione, qua id actum intelligitur, inquit Pomponius in *L. nec emptio*, 8. *D. de contra. empt.* Intelligitur autem ex verbo capiendi, quo conſtant hæ venditiones. Nam & iactu retis, & captu miſſilium intelligitur venditum eſſe emptori, quidquid hic captum eſſet a venditore. Capi porro ea dicuntur, quæ manſura ſunt, non quæ ſunt aliena, & a nobis avocari poſſunt. *L. aliud eſt capere*, *D. de verbor. ſignificat.* Quocirca quidquid hic captum eſt, quod iure gentium potuit occupari, cum nullius eſſet, id fit ita emptoris, ut evinci non poſſit. Quod si in eum captum inciderint res aliquæ privatæ aut naufragio amiſſæ, aut errore vel iniuria miſſæ ab iis, qui miſſilia iactabant in vulgus; nihil earum rerum desinit eſſe priorum dominorum. Quo fit, ut & ab his vindicari poſſint, §. *ult. Inſtit. de rer. diviſ.* Sed ideo non præſtant actionem de evictione, quia non ſunt ex numero rerum vere captarum, de quibus in venditione actum eſt.

XXII. Poſtremo si aperte convenerit, ne venditor evictionis nomine teneretur, nemo dubitat, quin aperta hæc conventio omnium maxime ſervanda sit ex edicto de pactis. Sed ne nos fallat, quasi omnimodo ſervanda sit, & ita ſervanda, ut ſuperiores: quod ſane quia aperta eſt, multo magis de ea dicendum videbatur: monendi ſumus utrumque contra eſſe: quod docet Ulpianus in *d. L. ex empto*, §. *ult.* illic, *ibidem. D. de action. empt.* Nam primum ſciendum eſt hanc conventionem nihil prodeſſe venditori, si forte ſciens alienum vendat: Tunc enim debuit potius indicare id emptori. Quod quia diſſimulavit, quacunque conventione voluerit sibi cavere, decepit emptorem. Semper autem dolum bonæ fidei iudicio præſtari oportet. Hoc in *d. L. ex empto*, in fin. *L.* 1. §. *ult. L. tenetur*, 6. §. *ult. D. de act. empt. L. ea quæ*, 43. §. *ult. D. de contr. empt.* Tum autem ut maxime venditor ignoraverit rem alienam eſſe, de cuius evictione ſupra sibi cavit ſe non teneri: tamen in *d. L. ex empto*, §. *ult. D. de act. empt.* de ſententia Iuliani ſcriptum eſt, effici quidem hac conventione, ne utilitas debeatur, id eſt ne teneatur venditor in id quod emptoris intereſt, ne ſcilicet conventio sit inutilis; cæterum re evicta pretium ſaltem ab eo deberi. Hoc quidem ex verbis contra videri poterat, cum generalis sit conventio, ne venditor teneatur. Sed cum in generali oratione ſemper excipiatur, quod sit iniquius, & naturæ contractus minus conveniat, quasi de eo contrahentes non ſenſerint: *L. ſi cui. D. de ſerv. L. in omnibus quidem. L. quoties idem*, *D. de reg. iur.* recte conventio ſuperior ita accepta eſt, ut non viderentur contrahentes de pretio etiam non reddendo ſenſiſſe, quia a bonæ fidei contractus natura & æquitate eſſet alienum. Et hoc eſt, quod pro ratione huius ſententiæ eo loco adfertur; neque enim bonæ fidei contractum hac pati conventione, ut emptor rem amitteret, &

pre-

Digitized by Google

pretium venditor retineret. Plura de ſententia eius loci ſcripſi initio commentarii de Ædilicio edicto huc pertinentia, ut intelligatur eam ſententiam ſequentibus verbis eiuſdem loci non mutari, ut & Accurſius eum locum recte accepit. Quod & alii plerique probant.

CAP. III.

De Ædilicio edicto: ideſt de morbis & vitiis rei venditæ; de ſervitutibus item, & tributis rei impoſitis, deque eo quod venditor de re dixit. Quid ex his venditorem emptori præſtare oporteat, quatenus & quibus actionibus.

Continuatio. Vendita res incorrupta debet eſſe, & ab omni ouere libera. I.
Integritatis eius, & libertatis incommoda quatuor. Horum cauſſa duplex: & alia, atque alia præſtatio venditoris. II.
Morbum vitiumve rei venditæ præſtat plerumque veuditor. III.
Quominus præſtet, tria impediunt: & quæ. Singula breviter exponuntur. IV. V.
Eorum nomiue, quæ præſtare tenetur veuditor, triplex actio adverſus eum prodita VI. XVIII.
1. *Actio redhibitoria. Duæ illius partes, ſeu duo in illa emptoris & venditoris munia.* VII.
Emptoris, ut quædam redbibeat, & de illis certo nomine careat. Qualis horum redhibitio & cautio. VIII.
Venditoris, ut pretium, & quidquid acceſſionis vice fungitur præſtet; ſecus eo uomiue condemnetur; & quomodo. IX.
Non eſt hæc actio perpetua; & quo temporis intervallo fiuiatur. X.
2. *Actio quauti minoris. Qualis hæc; & cuius temporis.* XI.
3. *Actio iu id quod intereſt. Quæ illa. Au ex omuibus, quibus utraque ſuperior, cauſſis admittatur.* XII.
Quæ hic Iuliani *diſtinctio; & quomodo ex edicto petita.* XIII. XVIII.
Exceptio. XIV. XV.
Morbi, vitiive nomine animi vitia præter edicto comprehenſa nominatim nou contineri; & quot illa; & quæ. XVI.
Tributa & onera rei veuditæ, ſi ignoravit venditor, non teuetur; ſi ſciens celavit ſervitutem, teuetur, quanti miuoris. Quæ tributorum a morbis differentia. XVII.
Quod dictum in ſpecie, & ut certum, præſtari a venditore. Secus quod generatim. XIX.
Quid ſi quid dictum in ſpecie, ſit aperte falſum. XX.
Fuudi modus maior quam ſit re ipſa dictus a veuditore, quibus ex cauſſis minime præſtetur. XXI.
Quæ pro dicto habeant Ædiles in venditioue iumentorum. XXII.

I. TErtium caput præſtationum huius generis de re vendita eſt, non ſolum ut res ita tradatur, quo eam habere liceat; ſed etiam quo eam recte habere liceat. Id eſt ut tradatur incorrupta, & ab omni onere rei ius minuente libera, quoad eius ex bona fide fieri oportet. Sed hic non una & eadem obligatio eſt venditoris. Uti ſunt incommoda rei inhærentia, ita eorum nomine diſſimiliter venditor obligatur.

II. Huius generis incommoda ſunt quatuor: duo uſum impedientia, morbi & vitia rei venditæ: duo ius minuentia ſalvo rei uſu, ſervitutes, & tributa rei impoſita. Alia de morbis & vitiis rei venditæ venditoris obligatio eſt, alia de ſervitutibus & tributis. De morbis & vitiis rerum venditarum cautum eſt Ædilicio edicto, idque ita receptum eſt, ut eſſet de venditionibus rerum tam earum, quæ ſoli ſunt, quam quæ mobiles aut ſe moventes. *L.* 1. ſtatim in pr. *D. de æd. edict.* Itaque ei edicto hic locus eſt. Cuius reſtitutionem & explicationem fuſiorem lector ſumere poterit ex commentario noſtro, quem iam olim in eum titulum edidimus, exſtatque & ipſe inter opera noſtra priora. Nunc quod feci ſupra in evictionis quæſtione, etiam hic faciam: ius ipſum de hoc genere obligationis & præſtationis breviter & nude, diſtincte tamen proponere contentus ero.

III. Qui morboſam aut vitioſam rem vendidit, interdum ob morbum vitiumve non tenetur, interdum, idque fre-

quentius, tenetur. Cumque accidit, ut teneatur, non una hic præſtatio eſt venditoris, non una adverſus eum actio eo nnmine prodita.

IV. Quominus ob morbum vitiumve rei venditæ teneatur venditor, tria faciunt; cauſſa extranea, perſona venditoris, res vendita. Cauſſæ communes ad omnem venditorem, & omnem rem venditam pertinentes, propter quas ob morhum aut vitium rei venditor non tenetur, ſunt tres. Prima, si venditor ſciens, quid morhi, vitiive ſit, moneat emptorem, & quidnam id ſit, palam & recte pronuntiet. Idque edicto expreſſum eſt. *L. 1. D. de æd. edict.* Altera cauſſa eſt, ſi venditor morbum aut vitium ignorans, & tamen metuens, ne aliquid exſiſtat poſtea, nominatim ſibi caveat, & paciſcatur, ne morbi vitiive nomine, ſi quod erit, teneatur. *L. quæritur*, 14. §. *pen. D. de ædil. ed. L. paciſci, D. de pact.* Sed meminerimus hanc conventionem ignoranti venditori tantum prodeſſe, ſcienti nunquam: cuius fuit, quæ novit ſpecialiter indicari emptori, ne is decipiatur. *L. quæro*, 39. *D. de act. empt.* Tertia eſt, ſi vitium ita ſit evidens, ut ſit in conſpectu cuiuſque. Ut, ſi equus palam cæcus aut claudus veneat: non tenetur venditor, etiam ſi de vitio nihil dixerit, neque ſibi caverit. Non enim neceſſe eſt moneri emptorem, qui vitium, palam quod erat, non ignoravit. *L. 1. §. ſi intelligatur, L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.* Omnes hæ cauſſæ ex eo, quia his efficitur, ne emptor ob morbum vitiumve decipiatur. Eſt autem hoc ſolum propoſitum Ædilibus, ne decipiantur emptores. *d. L. 1. §. 1. §. ſi intelligatur, de æd. ed.*

V. Interdum ſine alia cauſſa, quæ extrinſecus venditorem excuſet, ſola venditoris perſona actionem de morbis, & vitiis rei venditæ excludit. Id fiſco tributum eſt in ſuis venditionibus. Sed ſoli fiſco, non civitatibus, ac ne pupillis quidem. *L. 1. §. illud, D. de æd. ed.* Res quoque vendita interdum eaſdem actiones, quæ de vitiis morhiſve aliarum rerum proditæ ſunt, non admittit. Receptum id in ſimplariis venditionibus. Hactenus tamen ut placeat in his redhibitioni locum non eſſe ex edicto, cæteras autem actiones competere, de quibus mox dicetur. *L. ſi tamen*, 48. §. *ult. D. de æd. ed.* Simplarias venditiones veteres vocant, venditiones rerum mobilium contemptihilium, & nec pretioſarum, quarum ſcilicet evictarum nomine nunquam niſi ſimpla debetur, dupla nunquam; cum hanc in aliis rebus emptori a venditore promitti oporteat, ut dicetur poſtea in cautionibus. *L emptori*, 37. in pr. & §. 1. *D. de evict.*

VI. His perſonis & rebus venditis exceptis, si quis venditor de morbis & vitiis non monuit emptorem, neque de his quidquam excepit, placet eum eo nomine teneri. Idque efficitur ædilicio edicto. Neque intereſt, ſciens quis ea quæ ædiles præſtari iuhent, vendiderit, an ignorans. *L. 1.* in pr. §. 1. *D. de æd. ed.* Qua in re non una eſt obligatio venditoris, ſed triplex eo edicto actio adverſus eum conſtituta; vel potius una quidem actio ex empto, ſed trium rerum gratia: ad redhihendum, quanto minoris, nonnunquam & quanti emptoris intereſt rem morboſam aut vitioſam non fuiſſe.

VII. Prima eſt ex hac cauſſa ad redhibendum actio, quam ædiles pollicentur. *L. 1. L. ædiles aiunt*, 38. *D. eod.* quæ & inde dicitur redhibitoria, ſeu redhibitorium iudicium. *L. redhibitoria*, 45. *L. ſi quid venditor*, 18. in pr. *D. eod.* Redhihere eſt facere, ut rurſus haheat venditor, quod habuerit, & uno verbo quod ah eo profectum eſt, ei reddere. *L. redhibere*, *D. eod.* Hæc actio duas habet partes, in quibus vis & poteſtas eius iudicii cernitur.

VIII. Prior pars attingit emptorem, ac quid prius ipſe præſtare venditori debeat, præſcrihit. In eo autem hæc inſunt duo. Unum ut quædam redhibeat. Alterum, ut de his certo modo caveat. Redhibere venditori iubetur hæc omnia. Primum rem venditam quam accepit: & eam nec deteriorem, quod quidem poſt venditionem traditionemque opera eius, aut familiæ, aut procuratoris factum ſit. Tum ſi quid aliud in venditione rei venditæ acceſſerit. Præterea quod ex utraque re poſt venditionem natum acquiſitum ad eum pervenerit. Adde & culpa eius factum ſit, quominus perveniret. Ex quibus ſuperiora tria edicto expreſſa ſunt. *L. 1. D. eod.* Poſtremum hoc ſi expreſſum non fuit, ſumitur ex ſententia, quaſi videatur perveniſſe, quod per emptorem factum eſt, quominus perveniret: in ea re ſcilicet, in qua venditor dolum & culpam præſtare dehet. Indicatur autem in *L. redhibere*, 21. §. *pen.* in fin. *L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur D. eod.* Atque hæc ſatis eſſe poterant ad liberationem emptoris, ſi quidem nihil amplius ad eum pervenire poſſet poſt redhihitionem, & in his quæ pervenerunt, quæque redhibet, nihil ante facere potuiſſet dolo,

quo-

quominus res integra, aut pleno iure rediret ad venditorem. Quorum utrumque cum contra poſſit uſuvenire, ideo ad cautionem venditoris, & emptoris liberationem exigitur ab hoc amplius; ut utroque nomine caveat venditori: & de rebus quæ pervenerunt, quaſque redhibet, nihil ſe in his dolo malo feciſſe, quo deteriores, aut evictioni obnoxiæ fierent. Et de his quæ nondum pervenerunt, ſi quid ad ſe pervenerit, aut dolo malo factum ſit, quominus perveniret, ſe reſtituturum. Exſtant exempla in *L. redhibere*, 21. §. 1. & deinceps, *L. item ſi*. 30. *D. de ædil. ed.*

IX. Hæc cum præſtiterit pro ſe emptor, ſequitur pars altera huius actionis, quæ attingit venditoris præſtationem mutuam; & hanc obligationem habet, ut venditor ſuperioribus rebus receptis vel oblatis reſtituat emptori pretium rei venditæ, item acceſſionis ſi quid forte ex conventione ſupra pretium præſtiterit; tum ut ſi qua in re emptionis nomine emptor obligatus eſt vel venditori vel alii, eum venditor ea obligatione liberet. *d. L. ædiles etiam*, 25. §. *ult. D. de æd. ed.* Quibus non præſtitis ſequitur condemnatio ea, quam Caius dicit in *L. redhibitoria*, 45. *eod.* ut modo in duplum, modo in ſimplum condemnetur venditor. In duplum tunc damnari venditorem intelligit, cum nihil iſtorum ab eo præſtitum eſt: ubi ſcilicet neceſſe eſt eum & pecuniæ ab emptore datæ, & liberationis ei non præſtitæ nomine damnari, quæ condemnatio aperte duplicem, id eſt duarum rerum condemnationem habet. Ibi autem Caius eam duplicem condemnationem vocat, quam & poſtea in duplum. In ſimplum autem tunc venditorem condemnari interpretatur, cum unum iſtorum præſtitum eſt a venditore, non item alterum, ut proinde huius ſolius nomine illum condemnari oporteat. Itaque dicitur redhibitoria aliquando habere condemnationem in duplum, non ut ſignificetur actionem eſſe in duplum, id eſt eam quæ cum ſimplum tantum abſit actori, nihilominus pœnæ cauſa perſequatur aliquando duplum, ut ſunt actiones, quæ dicuntur in duplum. §. *omnes autem Inſt. de act.* Sed quia duarum rerum nomine condemnationem habeat: quarum utraque cum abſit emptori, non poſſit dici continere pœnæ, ſed tantum rei perſecutionem.

X. Hæ partes emptoris & venditoris in hac actione, declarant quam verum ſit illud, quod veteres de poteſtate & exitu huius actionis tradiderunt, iudicium redhibitoriæ actionis utrumque ideſt venditorem & emptorem in integrum reſtituere: item, facta redhibitione omnia in integrum reſtitui, perinde ac ſi neque emptio neque venditio interceſſiſſet: ubi ſcilicet uterque ex hac actione ſuum recipit, prius venditor, poſterius emptor. *L. cum autem*, 23. §. *Iulianus ait*, *L. facta*, 60. *D. de æd. ed.* Sed hæc actio etſi rei perſecutionem habet, tempore tamen agendi non ita eſt, ut ſunt cæteræ actiones ſive civiles, ſive prætoriæ. Nam cæteræ quæ rei perſecutionem continent, etiam ſi ſint honorariæ, perpetuæ ſunt. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act.* Actio redhibitoria quia emptionis reſciſſionem habet, & præter conventionem inducta eſt ab ædilibus, propoſita eſt tantum edicto intra ſex menſes; verum utiles. *L. ſciendum*, 19. §. *ul. L. ædiles aiunt*, 38. *D. eod.* ideſt ſex menſes, continentes iis diebus, quibus experiundi poteſtas fuit. *L. 1. D. de diverſ. temp. præſ.* Quare & ſi ex empto actione ad redhibendum agetur (ut placet redhibitionem quoque contineri empti iudicio. *L. ex empto*, §. 1. *D. de action. empt.*) tamen ultra hoc tempus agere non licebit. Quippe quod non actionis generi præſtitutum eſt, ſed redhibitioni. *d. L. ſciendum*, 19. §. *ult. de æd. ed.*

XI. Quod ſi videtur emptori propter morbum aut vitium rem non redhibere, ſed potius retinere, ſic tamen ne in pretio decipiatur: in eam rem illi proſpectum eſt eodem edicto, propoſita actione quanto minoris res fuit propter morbum aut vitium, cum venibat, ut quantum id fuit, tantum emptori reddatur. Tempus autem huic actioni præſtitutum non ſex tantum menſes, ut in redhibitoria, ſed annus utilis. *d. L. ſciendum*, 19. §. *ult. L. ædiles aiunt*, 38. *D. de æd. ed.* Quo in genere actionis cum de æſtimatione iuſta rei agatur, ideo dictum eſt iudicium æſtimatorium, ut illud ſuperius redhibitorium. *L. ſi quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.*

XII. Sed hæ actiones, ut apparet, pretium & æſtimationem rei non egrediuntur. Quid ergo, ſi multo pluris interſit emptoris rem morboſam aut vitioſam venditam non fuiſſe? Finge tignum vitioſum venditum, & ædes vitio tigni corruiſſe: venditum pecus morboſum, & alia pecora contagione periiſſe. An non etiam eo nomine agi poteſt ex empto in id quod intereſt, ut quæ detrimenta ex ea emptione emptor traxerit, ea omnia ei præſtentur? Et poſſe agi conſtat: ſed non ſem-

per, ut ſuperioribus, redhibitoria & quanto minoris. Quibus experiri licet, ſive quis ſciens vitioſum aut morboſum vendiderit ſive ignorans, & ſive non eſſe morboſum aut vitioſum affirmaverit, ſive tacuerit. Non item in id quod intereſt morbi vitiive nomine.

XIII. De quo exſtat hæc Iuliani diſtinctio in *L. Iulianus*, 13. *D. de act. empt.* ut duobus tantum caſibus ex hac cauſſa in id, quod intereſt, agere liceat. Uno, ſi venditor vitium aut morbum ſciens reticuit, & ita emptorem decepit. *d. L. Iulianus*, in pr. Ut ſemper dolum malum abeſſe oportet in iudicio empti, & a quo is admiſſus eſt, adverſus eum æſtimari. *L. tenetur*, 6. *§. ult. D. de act. empt. L. ea quæ*, 43. *§. ult. D. de contr. empt.* Altero, ſi vitium aut morbum venditor ignorans, & rem ſanam putans, ſanam eſſe affirmavit. *d. L. Iulianus*, *§. quod autem*. Nam & quod de re dixit venditor, quo conſecutus eſt, ut pluris venderet, id eum præſtare oportet, ut paulo poſt amplius dicetur. *L. ea quæ*, 43. in pr. *D. de contr. empt.* Quod ſi venditor rem morboſam aut vitioſam vendidit ignorans nec ſanam eſſe affirmavit; placet eum ſuperioribus quidem actionibus teneri, id eſt ad redhibendum, & quanto minoris emptor eſſet empturus: in id autem quod intereſt, non teneri. Hoc in *d. L. Iulianus*, in princ. Nec dubium eſt, quin hæc diſtinctio Iuliani in condemnatione eius quod intereſt ob rem morboſam aut vitioſam venditam ſumpta ſit ex edicto ædilicio. Indicatur enim non obſcure extremis illis verbis edicti, quod refertur in *L.* 1. D. eod. *Hoc amplius, ſi quis adverſus ea ſciens dolo malo vendidiſſe dicetur, iudicium dabimus.* Iudicium ſignificant ædiles in id quod intereſt, cum dicunt hoc amplius ſe id daturos. Illud enim, *hoc amplius*, valet, præter ſupra ſcriptas actiones, de quibus ſupra comprehenſum eſt. Hæ autem ſunt ad redhibendum, & quanto minoris, quarum utramque propoſitam eſſe edicto etiam in mancipiis, & adverſus ignorantes conſtat ex *L.* 1. *§.* 1. *L. ſciendum*, 19. *§. ult. D. eod.* Nam in iumentis utraque expreſſa eſt eo fragmento edicti, quod exſtat in *L. ædiles aiunt*, 38. *eod.* Præter has autem actiones si qua eſt alia ex eadem cauſſa, non poteſt eſſe nisi in id quod intereſt. Ideo etiam ædiles cum ſuperiores propoſuiſſent indiſtincte adverſus omnes qui mancipia vendunt; hanc poſtremam propter gravitatem nominatim hac conditione pollicentur, si quis ſciens dolo malo quid morbi vitiive eſſet, reticuiſſet. Qua conditione addita non obſcure in eum, qui ignorans vendidiſſet, eandem actionem denegarunt. *arg. in L.* 1. verſ. *huius, D. de off. eius, L. quibus*, 40. *§.* 2. *D. de cond. & dem.* Eaque ſententia eſt, quam a Iuliano expreſſam videmus in *d. L. Iulianus*. Nam quod Iulianus etiam adverſus ignorantem venditorem eamdem actionem admiſit, si is rem vitioſam aut morboſam non eſſe affirmaſſet: fecit ex eiuſdem edicti ſententia. Nihil enim ad decipiendum emptorem intereſſe putavit inter temerariam affirmationem venditoris, & eius reticentiam. *d. L. Iulianus*, *§. quod autem*. Et recte. Nam & mendacium venditoris dolus eſt, falſo affirmare de re, quod non eſt, ſive id ita non eſſe ſcias, ſive ignores. Nam & qui ignorat, idcirco mentitur falſum affirmando, quod dum dicit rem vitioſam aut morboſam non eſſe, hoc ipſo tacite affirmat ſe ſcire rem ita habere; quoniam de rebus ignotis nihil affirmare poſſumus.

XIV. Illud manet adverſus eum qui ignorans rem vitioſam aut morboſam vendidit, ſi nihil amplius de vitio aut morbo affirmavit, in id quod intereſt emptoris eo nomine non teneri. Et tamen placet, ſi quis vas vitioſum vendiderit, etiam ignorantem teneri, ut quod eo nomine emptor perdiderit, id conſequi debeat. *L. tenetur*, 6. *§. ſi vas, D. de action. empt.* Non ſunt hæc contraria. Nam in cæteris rebus, puta tigno vitioſo, aut pecore morboſo hoc evenit, ut qui hæc ignorans vendit, non ideo vitioſa aut morboſa non eſſe affirmet. Tignum enim & pecus simpliciter venduntur. Tignum autem non eo minus tignum eſt, etsi ſit vitioſum: & pecus non minus pecus, etsi ſit morboſum. Atqui vas vendit, etiamsi nihil aliud adiiciat, tamen ſolo vaſis nomine affirmat vas eſſe integrum, & liquoris capax. Quoniam vas dicitur inſtrumentum omne, quod ad liquorem aliquem capiendum paratum eſt. Non dicitur autem vas liquorem capere, ubi liquorem inſuſum non retinet. Sic enim eſt capiendi verbum, ut ea capi dicantur, quæ manſura ſunt. *L. aliud eſt capere, D. de verb. ſignif.*

XV. Sed cur venditor ſi rem vendidit non ſuam, & ea evicta eſt, tenetur indiſtincte in id quod intereſt emptoris, eoque etſi ignorans vendidit. *L. venditor*, 8. *L. evicta*, 70. *D. de evict.* Si autem vendidit non ſanam, non tenetur in id quod intereſt, niſi ſciens vendiderit?

Digitized by Google

rit? Quia a quocunque res vendatur, ſive quis ius ſuum in re ſciat, ſive qui ignoret, ſemper hoc agitur emptione, ut emptor ſibi rem comparet pretio. Ideo hoc ſemper proprium emptionis, ut ſi venditor rem non det, quod non exigitur: ſaltem ita tradat, ut emptori habere liceat. Unde evenit, ut ſi id non præſtet, ſit actio & condemnatio adverſus eum quanvis ignorantem in id quod intereſt, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L. ſi quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Non item proprium eſt emptionis, ut venditor vendat rem non morboſam aut vitioſam: cum poſſit emptor rem ſibi parare, id eſt ſibi habere, etiam ſi ſana non ſit. Idcirco non tam præciſe hoc exigitur, ut res ſana præſtetur, quam ut emptori eam habere liceat. Satis eſſe viſum eſt ob morbum aut vitium rei venditæ hoc tribui emptori, ut liceat rem redhibere, aut agere, quanto minoris empturus eſſet, ſive ſciens quis vendiderit, ſive ignorans. In id autem quod intereſt ita demum, ſi venditor ſciens reticuerit.

XVI. Illud de morbis & vitiis rei venditæ monendi ſumus, deque iis præſtationibus & actionibus, quas eo nomine conſtitutas edicto eſſe diximus, pertinere omnia ad morbos & vitia corporis, de quibus edictum loquitur [t] ad vitia animi non pertinere. Veluti, ſi ſervus venditus ſit levis, iracundus, contumax: ſi iumenta pavida aut calcitroſa. Itaque horum nomine non competere redhibitionem, aut actionem quanto minoris adverſus ignorantem venditorem: ſolum ex empto agi poſſe, ſi ſciens vitium animi venditor, non pronuntiaſſet. *L. 1. §. pen. §. ult.* in fin. *L. 4. §. idem Pomponius, §. in ſumma, D. de æd. ed.* Hic tamen quædam animi vitia in mancipiis ſeu ſervis excepta ſunt, & comprehenſa nominatim edicto ædilicio. De quibus nihil neceſſe fuiſſet edicto ſpecialiter comprehendi, ſi appellatione vitii, de quo initio edicti generaliter cautum erat, omnia vitia tam animi, quam corporis intelligi vellent ædiles. Ideo igitur animi illa vitia hic expreſſa, quia alioqui de vitiis animi eo edicto non cavebatur. Vitia hæc ſunt octo, quorum nomine eædem ſunt actiones ad redhibendum, quanto minoris, & in id quod intereſt, quæ de vitiis corporis. Sunt autem hæc; ſi ſervus ſit fugitivus; ſi erro; ſi noxa admiſſa, noxa ſolutus non ſit; ſi capitalem fraudem admiſerit; ſi mortis ſibi conſciſcendæ cauſſa quid fecerit; ſi in arenam depugnandi cauſſa ad beſtias intromiſſus fuerit. Quæ ſex comprehenſa ſunt in eo fragmento edicti, quod extat in *L. 1.* in pr. *D. eod.* Item ſi ſervus ſit infamatæ aut ingratæ emptori alicuius nationis; quam ob cauſſam etiam iubetur venditor ſervi nationem dicere. *L. quod ſi nolit, 31. §. qui mancipia, D. de æd. ed.* Poſtremo, ſi veterator pro novicio veneat. *L. præcipiunt, 37. D. eod.* Quæ ſingula quid valeant, melius petetur ex commentario.

XVII. Non eadem cauſſa ſervitutum & tributorum, quæ morborum & vitiorum rei venditæ. Primum quanvis res ſervitutem debeat, aut tributo vel penſitatione ſit onerata, nec de his rebus quidquam commemoratum ſit in venditione; nunquam tenetur earum rerum nomine venditor, ſi ſervitutem aut tributum deberi ignoravit. *L. 1. §. 1. L. ſi ſterilis, 21. §. 1. L. quæro, 39. L. in venditione, 41. D. de act. empt.* Inter cæteros locos digna eſt obſervatu *d. L. ſi ſterilis, §. 1.* ubi diſerte ſcriptum eſt, ſi venditor prædii ignorans de tributo nihil prædixerit, quod forte hereditarium prædium eſſet, eum non teneri. Unde intelligimus non modo eum non teneri in id quod intereſt, ſed nec ad redhibendum, aut [t] quanto minoris res fuerit, cum venibat. Ut recte facturi ſint emptores, ſi initio in re contrahenda de his ſibi caveant, ſi quæ forte ſervitus, ſi quod tributum emergat poſtea, ea præſtitum iri. Quod ſi cum ſciret venditor ſervitutem aut tributum debe-

t) Conſentire videtur Pac. 5. Q. 10. quando videlicet nihil omnino dixit venditor ignorans. Secus ſi per ignorantiam dixit minorem quantitatem tributi, quæ maior reperitur, quia tunc actio. Quanto minoris *L. 9. Cod. de act. empt.* Sed Vinc. Cabot. 2. *Diſput* 25. ita: Si ſcivit ſervitutem venditor & reticuit, tenetur in id quod intereſt *d. L. 1. §. 1. d. L. 39.* Sin ignoravit quanto minoris *d. L. 61. de æd. ed. L. 15. §. ultim. de evict.* Niſi fundum vendiderit quo iure, quave conditione eſt *L. 10. & ſeq. de her. vend.* Aut niſi proteſtatus, ſi inopinatum onus emerſerit, ſe nolle teneri *d. L. 1. §. 1.* Idem dicendum in tributo *d. L. 9. C. de act. empt.* Et quod, in *d. L. 21. §. 1.* habetur *non teneri*, intelligit Cabotius ſcilicet ex empto, de quo ibi agitur. Nec, ait, recte ignorantem de ſervitute nullo modo teneri, licet teneatur de tributo, ratione differentiæ data, quia quævis res cenſetur libera; prædium autem tributarium præſumitur ex quo provinciale eſt. Ergo emptor ſcire debuit tributa deberi. Refellitur hæc ratio quia ſequeretur ne quidem ſcientem venditorem teneri, contra *d. L. 21. §. 1.* Æque enim imputari emptori poſſet, quod ſcire debuiſſet. Et imo nec potuit nec debuit ſcire tot tributa deberi. Obiic. Imo & ſciens venditor tenetur. Quanto minoris *d. L. 9.* Ergo non ex empto. Reſp. Si reticuit tributum, actione ex empto *d. L. 21. §. 1.* Si autem mentitus, de quantitate tributi non plane reticuit: quanto minoris *d. L. 9.* Ratio differentiæ, illic ex duplici cauſſa intereſſe poteſt emptoris, & quia minoris empturus, & quia prædium a fiſco diſtrahetur *tit. C. Si propt. publ. penſit.* Cum autem dicta minor quantitas tantum ex illa cauſſa intereſſe poteſt. *Ita* Cabot. Cæterum adiecta formula, Uti optimus maximuſque eſt, fundum liberum præſtare venditor cogitur *L. pen. de evict. L. 126. L. 169. de V. S. L. 59. h. t. de contr. empt.* ubi fuſe Cuiac.

deberi, non aperte certiorem fecit emptorem, quid ſervitutis aut tributi eſſet, placet quidem eum quia decepit emptorem, ex empto teneri: *d. L.* 1. *§.* 1. *d. L. ſi ſterilis*, *§.* 1. *d. L. quæro*, *d. L. in venditione*, *de act. em.* non tamen ad rem redhibendam, ſed quanto minoris emptor empturus eſſet, ſi de his factus eſſet certior, ut ſic improviſum onus æſtimetur. Nam & hactenus emptoris intereſt ſe recte præmonitum fuiſſe, *d. L. quæro*, illic, *ne alioquin emptor*, *d. L. in venditione*, *de act. em. L. quoties*, 61. *D. de æd. ed.* Non adverſatur huic diſtinctioni, quod ſcribitur in *d. L. quoties*. Quoties de ſervitute agitur, victum tantum debere præſtare, quanto minoris emiſſet emptor, ſi ſciſſet hanc ſervitutem impoſitam. Hæc enim verba, *quoties de ſervitute agitur*, non ſignificant, quoties emptor queritur ſervitutem eſſe impoſitam, quam ignoravit, & eo nomine agit, quanto minoris empturus eſſet: ſed ad ius referenda ſunt, atque hoc exprimunt, quoties de ſervitute iure agitur, ſeu tunc cum eo nomine iure actio eſt. Non enim quævis petitio, actio eſt, ſed ea ſolum quæ conſtituta eſt iure. Unde actio definita ius perſequendi. Quando ergo de ſervitute iure agitur? Ex ſuperiore diſtinctione petendum eſt. Non ſemper videlicet, ſed tunc cum venditor ſervitutem debere ſciens celavit emptorem, *d. L.* 1. *§.* 1. *de act. empt.* Ita conditione iuris adiecta idem illud ius ſuperius exprimitur. Sed cur hoc aliter in ſervitutibus & tributis obſervatur, quæ non minus rei æſtimationem minuunt: aliter in morbis & vitiis, quorum poſteriorum nomine dicimus teneri venditorem etiam ignorantem? *d. L.* 1. *§.* 1. *D. de æd. ed. L. ex empto*, 11. *§. venditorem*, *de act. empt.* Differentiæ ratio eſt ea, quæ redditur inter ſervum fugitivum venditum, & ſervum furem in *L. Iulianus*, 13. *§.* 1. *D. de actio. empt.* Quod ſcilicet morboſam aut vitioſam rem quodammodo habere non licet; eam autem quæ ſervitutem aut tributum debet, non minus habere poſſumus. Quippe morbis & vitiis uſus rei venditæ impeditur. *L.* 1. *§. ſciendum*, verſ. *proinde*. *D. de ædil. ed.* ſervitutibus & tributis non item.

XVIII. Quartum caput præſtationum huius generis de re vendita eſt, ut venditor præſtet, quod de ea re dixit, affirmavit. Quodcumque is dixit in re eſſe, niſi quid hic nominatim excipiatur, de quo mox; ſi id ita in re non eſt, non aliter tenetur eo nomine, quam ſi de eo inter emptorem & venditorem conveniſſet. Idque edicto ædilicio effectum eſt. *L.* 1. in edicto. *D. eod.* Atque hinc eo edicto triplex actio conſtituta adverſus venditorem: Ad redhibendum, Quanto minoris emptor empturus eſſet, & Quanti emptoris intereſt rem talem fuiſſe, qualis eſſe dicta eſt. Redhibitorio, aut æſtimatorio iudicio ex hac cauſſa agi poſſe diſerte ſcriptum eſt in *L. ſi quid venditor*, 18. *D. de æd. ed.* Id autem quod intereſt emptoris etiam hoc nomine præſtari, ex eiuſdem edicti ſententia eſt, poſtquam nihil intereſt, utrum ſciens quis decipiat emptorem diſſimulando, an id quod non eſt, temere eſſe affirmet. Certe id ita traditur in *L. Iulianus*, 13. *§. quod autem*, *D. de act. empt.* Quarum omnium rerum nomine placet venditorem ita teneri ut nihil interſit, utrum ſciens falſo affirmarit de re, quod non erat, an ignorans, *d. L. Iulianus*, *§. quod autem*. *L. tenetur*, 6. in princ. *de action. empt.*

XIX. Sed hæc ita ſunt, ut paulo ante monui, niſi quid hic excipiatur. Non omne vero dictum eſt præſtandum. Tria ſunt, quæ hic placeat non præſtari. Primum ſi quid generaliter dictum ſit de re. Proximum, ſi quod in ſpecie dictum eſt, palam falſum ſit. Tertium, ſi de modo agri dictum, non ſit in modo ſed aliunde ſuppleatur. Principio hoc ſtatuatur, ſi quod de re dictum præſtandum ſit, id tale eſſe debere, ut certum dicatur a venditore, & in ſpecie aut laudis præſentis, aut vitii ceſſantis, veluti ſi dixit ſervum eſſe literatum, coquum, artificem: aleatorem non eſſe, non eſſe furem. Equum eſſe Hiſpanicum, gradarium. *L. ſciendum*, 19. in pr. *D. de æd. ed. L. ea quæ*, 43. *D. de contr. empt.* Quippe hæc ſola eiuſmodi ſunt, propter quæ conſequitur venditor ut pluris vendat. Quæ res ſola facit huic præſtationi locum, ut declaratur in *d. L. ea quæ*. Quod ſi quid generaliter tantum venditor dicat [a] commendandi cauſſa, id in univerſum tale eſt, ut placeat non eſſe præſtandum. Ut veluti ſi dicat ſervum eſſe frugi, bonum equum & generoſum, quem vendebat, *d. L. ſciendum*, *de æd. ed.* Apparet enim, quæ in genere ita dicuntur, commendan-

dan-

a) Si verbis civiliter ornavit: non omnia ad vivum reſecanda, alioqui magna eſſet venditorum captio & commercia vix conſiſterent. Laudat venales, qui vult extrudere merces. Nec creditur emptor tam fuiſſe credulus & ſtolide imperitus, ut illa inani futilitate captus ſit, Balduin. *ad L.* 12. *tabb.* 7. *n.* 15. vid. & Cuiac. *d. L.* 43. *h. t.*

dandi tantum cauſſa dici, quo citius res non ut pluris ematur.

XX. Sed etſi quid in ſpecie dixit venditor, duo ſunt in hoc genere, quæ placet non præſtari. Primum, ſi quod dixit venditor, ita fuit in promptu, ut cerni poſſet ab emptore id ita non eſſe. Veluti ſi dicat ſervum ſpecioſum, domum bene ædificatam, ſervum ſanum qui 3 cæcus erat, *d. L. ea quæ* in princ. & §. 1. Merito: quæcumque enim dicta præſtanda eſſe dicimus, ideo placet eiſe præſtanda, ne emptores decipiantur. Hæc enim cauſſa eſt edicti ædilicii proponendi. *L.* 1. §. 1. *de æd. ed.* Non decipiuntur autem, qui quo in ſtatu res ſit, non ignorant. Quod & in morbis rei venditæ ante diximus. *L.* 1. §. *ſi intelligatur*, *L. quæritur*, 14. §. *ult. D. de æd. ed.*

XXI. Sed & in modo fundi, ſi plus eſſe dixit venditor, quam in eo erat, placet interdum id non præſtari, ſi aliunde ſuppleatur. Quod duobus caſibus accidit. Uno, ſi quis unum fundum vendens, cum in eo nonaginta iugera tantum eſſent, dicat in eo eſſe centum, dum errans ita putat: poſt autem priuſquam modus declaretur, atque ita tradatur, tantum alluvione accreverit, quantum initio deerat. Hic, inquam, placet veniam ignorantiæ dari, ut non teneatur venditor in eo, quod totum habet emptor, tametſi aliunde acceſſerit: cum hoc ſine incommodo emptoris contingat. Aliter ſi ſciens de modo ſit mentitus: quia ſemel dolo fecerit, nec alluvione ſequente dolus purgetur. *L. Iulianus*, 13. §. *ſi Titius*, *D. de act. empt.* Alter caſus eſt, ſi duobus fundis uno pretio venditis, de modo utriuſque fundi ſeparatim ita pronuntiaverit venditor, ut in uno plus eſſe diceret quam erat, in altero minus, ita ut in hoc poſteriore aliquid exſuperaret ultra id quod dictum eſt. Etiam hic placet quantumcunque id erit, quod in uno exſuperabit, eatenus venditorem non teneri ad ea, quæ in altero deſunt, ſed hæc eo, quod in altero plus eſt, ſuppleri; ſeu quod in uno plus eſt, cum eo quod in altero deeſt, compenſari. *L. ſi duorum*, 42. *D. de act. empt.*

XXII. Pro dicto in iumentis ædiles habent 4 omne, quo ornata iumenta vendendi cauſſa proponuntur: quaſi qui hæc oſtentet ad venditionem, hoc dicere intelligatur, ſe iumenta ita vendere, uti proponuntur, eoque & ornamenta acceſſura. Ideo cavent ædiles, ut uti optime ornata iumenta vendendi cauſſa fuerint, ita emptoribus tradantur. Si quid autem ita factum non erit, duplicem ex hac cauſſa actionem dant, unam de ornamentis præſtandis; alteram de iumentis ipſis ornamentorum nomine redhibendis, prout emptor elegerit; ſed utramque dumtaxat intra duos tantum menſes. *L. ædiles aiunt*, 38. *D. de æd. ed.* Vendendi cauſa ornatum mancipium quod intelligi debeat, declaratur in *d. L. ædiles aiunt*, §. *vendendi*.

CAP.

3) Si tamen nominatim ſtipulatus cæcum non eſſe qui luminibus effoſſis, valere ſtipulationem vult, Cuiac. *d. loc.* arg. *L.* 4. §. 5. *de dolo exc.*

4) An in venditione fundi veniant fructus, vaccæ vitulus, ſilvæ ligna inciſa, & de ſimilibus, vid. P Nicol. Mozz. *de Empt. Col.* 4. *de Natural. Emptionis n.* 43. *& ſeqq.*

C A P. I V.

Extra rem venditam etiam quaſdam res eſſe, quas venditor emptori præſtare debeat. Has genere duas eſſe; Commoda rei venditæ, & certas cautiones. Quæ hæc commoda ſint, quæ cautiones.

Tranſitio. Præſtationes venditoris extra rem *alias in commodis rei venditæ, alias in ſtipulationibus conſiſtere.* I.
Commoda rei venditæ præſtat emptori venditor, emptione perfecta dumtaxat; & quando hæc talis habeatur. II. VIII.
Commoda aut ex ipſa re, vel aliunde quæſita; & quæ nata ex ipſa re. III.
Aliunde, ſive per occaſionem rei venditæ acquiſita partim ex rerum, partim ex actionum nonnullarum genere exſiſtere. IV.
Ex rerum genere; quæſita per ſervum, mercedes operarum, vecturæ iumentorum & navium, penſiones, & res adiudicatæ, V.
Ex actionum genere; actio ex locatione rei venditæ; aut ex iniuria rei illata. VI.
In locatione intereſt, utrum locata res habeat fructus Civiles, *an* Naturales. *Quæ differentiæ ratio.* VII.
Reliquæ venditoris præſtationes quare in ſtipulationibus poſitæ. Stipulationes eius generis tres. IX.
1. *Ut emptori caveat venditor rem ei habere licere. Quomodo plenior hæc ſtipulatio, quam actio ex empto.* X.
2. *Ut duplam ſtipulanti promittat. Duplæ explicatio. Quarum rerum ſit; & qui cautionis uſus.* XI.
Actiones ex empto, ex ſtipulatu, & dupla breviter expoſitæ; & L. 8. C. de Evict. *illuſtrata.* XII.
3. *Ut caveat rem non eſſe morboſam, aut vitioſam. Qui huius cautionis fructus.* XIII.
Cautionis nomine nuda repromiſſio venit, non ſatiſdatio, niſi de hac cautum nominatim; unica ſpecies excipitur, & quæ. XIV.
Superiorum præſtationum nomine emptori prodita actio ex empto; notatio nominis quæ. XV.

I. Atque hæ ſunt præſtationes in re vendita, quæ ſine alia conventione a venditore exiguntur. Quarum nomine, ſi forte his non pareatur, quæ ſint venditoris obligationes, quæ adverſus eum actiones, diximus. Sunt, ut propoſui, & præſtationes quædam extra rem venditam, quæ ſimiliter ex bona fide venditori iniunguntur. Hæ poſitæ ſunt, ut dixi, partim in commodis rei venditæ, partim in ſtipulationibus quibuſdam.

II. De commodis rei venditæ ita ius eſt, ut quemadmodum, perfecta emptione, periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, ſic ex illo pertineat & omne commodum. *§. cum autem, Inſt. de em. & vend.* Unde & illud eveniat, ut quæcumque huius generis commoda ſunt, ſive pervenerint ad venditorem, ſive per eum factum ſit, quominus pervenirent, omnia venditor cum re ipſa vendita præſtare debeat.

III. Commodum rei venditæ eſt, quod vel ex re vendita, vel aliunde quidem per occaſionem tamen rei venditæ accedit. Ex re hæc ſunt: Quod per [1] alluvionem accrevit fundo. Accretum enim cœpit pars eſſe fundi. Item quod ex re natum eſt, ut [2] fructus fundi, animalium fœtus, ancillæ partus. Et hæc etiam in primis ad emptorem pertinere conſtat. De alluvione traditum in *L. id quod, D. de per. & com. rei vend. §. cum autem, Inſt. de empt. & vend.* de fœtura in *L. venditor,* 8. *D. de evict.* Maxime vero fructus pertinent. Uſque adeo, ut quanvis maturis fructibus ager diſtractus ſit, quo caſu apparet maxima parte anni ante venditionem contractam fructus ſtetiſſe: placeat tamen fructus emptori cedere. *L. Iulia-*

1) Cuius ſit commodum alluvionis pacto redimendi adpoſito, vid. Zoan ad *L. 2. Cod. de pact. in empt. n.* 128. qui diſtinguit inter fundum indiſcrete, ſeu ad corpus, & diſcrete ſeu ad menſuram venditum, vid. & Fachin. 2. *Contr.* 6.

2) *L. 25. d. L. 13. L. 16. Cod. de act. empt.* Et omne emolumentum quod perfecta venditione, ex re pervenit *L. 1. Cod. de peric. & comm.* Et ſi mora in tradenda re commiſſa, etiam fructus quos potuiſſet percipere *L. 21. §. 3. de act. empt.* Non autem ante venditionem percepti *L. 2. in fin. Cod. de act. empt.* vid. Io. Cop. *Lib. 3. de Fruct. Tit. 1. Cap. 1.* Gomez. 2. *Reſol.* 2. *n.* 11. Covar. 1. *Var. Reſol.* 15. *n.* 1.

Iulianus, 13. §. *ſi fructibus*, *D. de act. empt.* Merito: ſunt enim hi una cum fundo venditi; cum fructus pendentes ſint pars fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vindic.* Et ut nihil aliud, certe ſunt commodum rei: quod omne ad emptorem pertinere dicimus.

IV. Sed etsi quid aceedat extrinſecus, ſi tamen per occaſionem rei venditæ 3 accedat, æque in commodis rei habendum eſt, & venditori quæſitum ad eamdem præſtationem pertinet. Quo in genere partim res quædam habentur, partim actiones.

V. In rebus huius generis hæc ſunt: Per ſervum venditum venditori quæſita, ſive alieno beneficio, ſive opera ſervi quæſita ſint. *L. Iulianus*, 13. §. *ſi quid ſervo*, *D. de act. empt.* Mercedes ex operis ſervorum, aut vecturis iumentorum vel navium, penſiones item ex locatione prædiorum perceptæ. *ead. L. Iulianus* §. *item*, *ſi quid.* Poſtremo & ſi quid adiudicatione venditori obtigit per cauſſam partis venditæ. Utputa, venditor qui fundum cum alio communem habebat, parte eius vendita provocatus eſt a ſocio iudicio communi dividundo, & iudex pro poteſtate eius iudicii totum fundum ei adiudicavit. Apparet hic parti venditæ alteram partem acceſſiſſe, quæ & venditoris facta ſit. Acceſſiſſe autem beneficio partis venditæ, ut quæ iudicium ſuperius & per iudicium ſuperiorem adiudicationem provocarit. Quocirca ſi pars, quæ acceſſit, emptori utilis eſt, in commodo partis venditæ numeranda eſt. Sin inutilis aut oneroſa, aperte eius partis venditæ habet commodum. Quo fit, ut vel emptor poſſit eam petere, ſi ſibi commodum iudicet, dum æſtimationem offerat, quæ pro ea parte præſtita iam aut præſtanda eſt. Vel venditor, ſi eam recuſet habere, ut incommodam, poſſit eam reſtituere emptori invito, & eamdem æſtimationem conſequi. *d. L. Iulianus*, §. *idem Celſus*, *D. de act. empt. L.* 7. §. *ſi debitor*, *D. com. diu.*

VI. Actiones autem huius generis ſunt, quas aut venditor ſibi paravit ex locatione rei venditæ, aut aliena iniuria ob damnum in ea re datum ei peperit.

VII. Ac de commodis locationis hæc diſtinctio tenenda eſt. Refert, euiuſmodi res ſit, quæ locata eſt, ea ne, ex qua fructus naturales nulli ſint, ut ædes, navis, currus, iumenta vehendi cauſſa: an ea, ex qua fructus naſcantur natura, ut ager. Prioris generis res ante locatas ſi vendiderit locator, penſiones præcedentis temporis, quo locatio ante venditionem ſtetit, cedunt venditori, niſi quid aliud convenerit. Uſus enim rei per illud tempus fuit venditoris. Proinde & eius uſus commodum. Pro eo autem tempore, quod venditionem ſecutum eſt, utrumque evenit, ut & penſiones eius a venditore perceptæ cedant emptori, cui hæ poſtea reſtitui debent: & his non perceptis, cedi debeat eius temporis actio, niſi convenerit, ut venditor præteritam mercedem exigat, & emptori præſtet. *d. L. Iulianus*, §. *item ſi quid*, §. *in his*, *de act. empt.* Sed ſolum ex eo tempore. Ex eo enim ſolo cœpit uſus rei, & eius uſus commodum ad emptorem pertinere. Agrum autem qui poſterioris generis res eſt, ſi prius a ſe locatum ſi quis vendiderit: ſive tum maturi fuerint fructus, ſive poſtea nati ſint, penſiones quidem cedent venditori, eidemque locatori, ut eſt in *d. L. Iulianus*, §. *ſi in locatis*, *eod.* cui quippe ex locato quæſita ſit actio. Sed cum hac 4 exceptione, quam ex *L. ult.* §. *ult. D. de iur. fiſ.* huc transferre debemus, ut venditor, cui actio de penſionibus ceſſit, vel hanc ipſam actionem eedere debeat emptori ad totius anni penſionem petendam, vel perceptam totius anni penſionem totam emptori præſtare: optima ratione, quoniam in hoc genere rerum, penſio percipitur propter fructus. Hi autem poſt venditionem perfectam nati vel percepti, cedunt, ut ante dixi, emptori. *d. L. Iulianus*, §. *ſi fructibus. de act. empt.*

VIII. Sed hæc quæ partim de periculo rei venditæ diximus ſupra *Cap.* 2. partim de rei venditæ commodo, deque præſtatione acceſſionum hoc capite, hanc conditionem habent, quam initio poſui, ſi emptio contracta perfectave ſit. *d.* §. *cum autem*, *Inſt. de em. & vend. L. neceſſario*, *D. de per. & com. rei ven.* Nondum contracta emptione, quia res venditoris eſt, eamque ipſe alii non debet, ideo illi res ſua perit. *L. pignus*, *C. de pign. act.* Et quoniam eius periculum eſt, neeeſſe eſt etiam eius eſſe omne commodum. Inde quæſitum hoc loco, quando ven-

3) Quid ſi iactu retis empto aliquid pretioſi inciderit? Mileſii extracta aurea menſa, ſeu tripode, re utrinque agitata, Apolline Delphico conſulto, reſponſum tulerunt neutri dandum eſſe, ſed ei qui in tota Græcia ſapientia præſtaret. Thaleti primo conceſſa per ſeptem ſapientum ordinem ad Solonem pervenit. Qui affirmans Deum ſolum ſapientem eſſe, Apollini conſecravit, P. Ærod *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 32. ex Val. Max. *Lib.* 4. *Cap.* 1. & aliis.

4) Covar. 1. *Var. Reſol.* 15. *n* 3 & 4. Aliter A. Fab. 1. *Coniect* 13. qui *d.* §. 11. intelligit quando fructus ante venditionem percepti, per *d. L. ult. de I. fiſci* ubi ſi locatus fundus non fuiſſet, nec fructum nec penſionem emptor petere potuiſſet.

venditio contracta videretur. Quod explicatur in *d. L. neceſſario, D. de per. & com. rei vend.* ad hanc ſummam tunc [5] contractam emptionem intelligi, cum pure aut in diem contracta eſt. Si ſub conditione facta ſit, non prius contractum videri, quam conditio exſtiterit. Ac deficiente quidem conditione, nullam eſſe emptionem. Exſiſtente autem illa, ita emptionem contractam intelligi, quaſi iam ab initio contracta eſſet in præteritum. His conſequens eſſe, ut quodcunque periculum aut commodum rei venditæ pendente conditione intervenerit, id omne ſit emptoris, ſi conditio exſtiterit. Dum tamen eo tempore exſtet res vendita, licet deterior facta. Nam ſi interim res perierit, quantumvis extiſtat conditio poſtea, nulla tamen eſſe poteſt emptio, cui res deeſt, quæ debeatur.

IX. Reliquum eſt genus alterum earum præſtationum, quæ extra rem venditam a venditore poteſtate iudicii ex empto exigantur, poſitum in ſtipulationibus quibuſdam, quarum finis hic eſt, atque hic uſus, ut quoniam incertum eſt periculum evictionis, incertum, an morbi aliqui aut vitia in re vendita poſtea emergant: iam nunc in futurum his cautionibus adverſus ea pericula emptori conſulatur. Huius generis ſtipulationes & cautiones tres ſunt.

X. Una eſt, ut dum petet emptor, ſtipulanti caveat rem ei habere licere. *L. ex empto, 11. §. venditorem, D. de act. empt. L. venditor, 8. D. de evict.* Quod niſi repromittitur, nempe actio eſt emptori in id quod eius intereſt id cautum eſſe, id eſt in id, quod habiturus foret, si cautio eſſet interpoſita neque illi habere liceret, ut eſt omnium obligationum faciendi conditio, *d. L. ex empto, §. idem ait, de act. empt. L. ſi quis, ab alio,* in pr. & fi. *D. de re iud. L. ſtipulationes non dividuntur, 72. verſ. Celſus. D. de verb. obl.* At enim ſine hac ſtipulatione idem conſequitur emptor actione ex empto. Nam ſi ei rem habere non licet, quia evincatur, non minus ei ex empto actio eſt in id quod intereſt. *L. evicta, 70. D. de eviction.* Quorſum igitur exigere hanc ſtipulationem, ut videtur, inutilem? neque vero quiſquam ſupervacua cautione onerari debet. *L. hæc ſtipulatio, §. 1. D. ut legat. ſeu fideic. nom. cav.* Sed non ſi hæc ſtipulatio continet ſolum id quod intereſt, ſimiliter ut ex empto actio; ideo ſupervacua eſt aut inutilis. Eſt enim actio ex hac ſtipulatione ad aliquid liberior & plenior in perſecutione eius quod intereſt. Nam cum ſine hac ſtipulatione præſtatur evictio, non condemnatur venditor, niſi in id quod intereſt emptoris rem evictam non eſſe. Quo continetur ſolum, quanti tunc res fuit, cum evincebatur. Unde ſi fundus mille iugerum venditus ſit, deinde poſt, ducentis iugeribus alluvione ablatis, fundus evincatur: actione ex empto non præſtabitur emptori æſtimatio niſi octingentorum iugerum, qua reliqua evicta erant, ducenta autem iugera illi perierint. Indicatur in *d. L. evicta, 70. de evict.* Contra eveniet, ſi ſtipulatus ſim mihi eum fundum habere licere. Nam ſi ducentis iugeribus a flumine aut mari ablatis, poſtea fundus evincatur, æſtimabitur, quanti fundus fuit, cum venditus eſt, ut ſic omnium mille iugerum æſtimatio præſtetur: quia conditio ſtipulationis hoc efficit, quæ ad id tempus collata eſt, quo fundus erat mille iugerum. Hoc Papinianus in *L. ex mille, 64.* verſ. 2. *D. de evict.*

XI. Altera cautio eſt ſtipulatio & repromiſſio duplæ. Nam petenti emptori venditor non ſolum rem habere licere ſpondere debet: ſed etiam hoc amplius, ſi habere ei non liceat, duplam ſtipulanti promittere, niſi aliud convenit. *L. emptori, 37. D. de evict. L. quod ſi nolit, 31. §. quia aſſidua, D. de æd. edict.* Duplam, id eſt duplam quantitatem, ſeu æſtimationem rei venditæ: ut in duplæ verbo intelligatur quantitas. Quod vel inde licet intelligere, quod quæ frequentius dicitur dupla, alibi nominatur duplum, ut *L. vindicantem, 17.* in fin. *D. de evict. L. pen. C. eod.* Duplam quantitatem ſeu æſtimationem intelligere debemus, non quanti res vere eſt, ſed [6] quanti vendita eſt: ut hic duplum ad pretium con-

5) Tribus modis dicitur perfecta emptio (1) ratione obligationis (2) traditione ſecuta. (3) Quoad periculum. Sic emptio eorum quæ pondere, numero, menſurave conſtant ſtatim quidem perfecta, inita conventione, quoad contractum & obligationem, ſed non antea periculum emptoris quam admenſa, adpenſa, adnumeratave ſint *L. 35. §. 5. h. t.* poſt alios Erneſ. Cothman. *Iuris Reſp. 4. n. 3. & ſeqq.* vid. tamen *infra Lib. 15. Cap. 11.*

6) Duplum hic non eſt extra pretium rei, ſed quanti res empta eſt, alterum tantum ſolvit venditor emptori. Ut ſi emptus ſit ſervus 100. hæc 100. reddit & alia 100. præſtat, nec ultra, etſi pluris interſit, ut ſi plus quam 100. in erudiendum hominem impenderit. Solutis enim 200. liberatur venditor & a pretio & ab eo quod intereſt, Cuiac. 8. *ad Afric. in L. 44. de act. empt.* A. Fab. 3. *Coniect.* 1. putat interpoſita duplæ ſtipulatione novari & perimi actionem ex empto, per *L. 1. §. 2. de ſtip. præt.* & agi tantum poſſe ex ſtipulatu, non ex empto ad id quod intereſt, licet ſupra duplum interſit, per *L. 60. de evict. L. 4. de act. empt.* Nec obſtare *Leg. 18. de evict.* quia ſic interpretanda illius verba *ex ſtipulatione*, ſi illa intervenerit, *vel ex empto*, ſi omiſſa ſtipulatio. Sed de his an vera ſint non iniuria aliquis ambigat. Firmandæ enim & corroborandæ, non infringendæ minuendæve obligationi accedit ſtipulatio. Nec nova-

conventum referatur, ut ſignificatur in *L. ſi fundo*, 53. *D. de evictìon.* Quod ſi petenti emptori dupla non repromittetur, habet emptor actionem ex empto eo nomine, cuius condemnatio eſt dupli. *L. 2. D. de evict. d. L. quod ſi nolit, §. quia aſſidua, de æd. ed.* Sciendum eſt tamen duplam repromitti oportere ſolum in certis rebus. Primum ſoli, ut fundo: *L. emptor, C. de evict.* tum ex mobilibus in mancipiis, & iumentis; *d. L. quod ſi nolit, §. quia aſſidua, de æd. ed.* In cæteris autem rebus ita demum, ſi ſint pretioſiores, ut ſi margarita forte, vel ornamenta pretioſa, vel veſtis ſerica, vel quid aliud non contemptibile veneat; in aliis non oportere. *L. emptori*, 37. *§. 1. D. de evic.* Sed in hac ſtipulatione duplæ placet ſequi nos debere conſuetudinem eius loci, in quo verſamur. Sive igitur alicubi non exigitur duplæ ſtipulatio, ſive exigatur amplioris ſummæ, ibi ex conſuetudine eius regionis, in qua negotium geſtum eſt, pro evictione caveri oportet. *L. 6. D. eod.*

XII. Ex his vero ſtipulationibus duabus, ſi interpoſitæ fuerint, poteſt intelligi, quæ ſint illæ actiones tres, quæ dicuntur competere ſolere re evicta ob evictionem, commemoranturque in *L. emptor, C. eod.* ex ſtipulatu, ex dupla, ex empto. Nam de actione ex empto, quæ competat evictionis nomine etiam ſine alia ſtipulatione, initio diximus. *L. evicta, 16. de evictìon.* Illæ autem aliæ duæ naſcuntur ex ſuperioribus ſtipulationibus. Ex ſtipulatu eſt, cum ſtipulanti emptori venditor promiſit habere licere ſimpliciter. Ex dupla eſt, quæ eſt ex duplæ ſtipulatione. Adiungiturque hæc ſtipulatio priori, cum ita amplius ſtipulatur emptor, quod ſi habere non licebit, duplam dare ſpondes?

XIII. Tertia cautio pertinet ad morbos & vitia rei venditæ, inducta ædilicio edicto. Non enim hic iubetur tantum venditor prædicere de morbis & vitiis, de quibus eo edicto comprehenſum eſt; ſed præterea ut promittat in his cauſſis rem non eſſe, præcipitur: puta rem ſanam eſſe, non morboſam, non vitioſam, ſervum non fugitivum, non erronem. *L. itaque, 32. de æd. ed. L. ex empto, 11. §. 1. de act. empt.* Utilitas huius cautionis hæc eſt, quod venditor ſi rem vitioſam aut morboſam ignorans vendat, non tenetur ædilicio edicto, niſi ad redhibendum, aut quanto minoris emptor empturus eſſet. In id quod intereſt emptoris, non tenetur. *L. Iulianus*, in pr. *D. de act. em.* Stipulatione autem interpoſita, rem neque morboſam, neque vitioſam eſſe, incipit venditor teneri in id omne, quod intereſt emptoris, ſi res morboſa aut vitioſa fuerit. Semper enim venditor præſtare debet, quod dixit. Multo magis ſi quid recte futurum ſtipulatione promiſit. *L. ſi ita quis*, 31. *D. de evic. d. L. Iulianus, §. quod autem. de act. em.* Quid ſi de his non caveat venditor poſtulante emptore? Pollicentur ædiles ex hac cauſſa adverſus eum & ad redhibendum iudicium, & quanto minoris intereſſit: ſed prius intra duos menſes, poſterius intra ſex dumtaxat. *L. ſi venditor*, 28. *D. de æd. ed.*

XIV. In his tribus cautionibus quæritur, qualem cautionem accipi oporteat, nudamne repromiſſionem, an & ſatiſdationem. Nam quibuſdam locis ſatiſdationem ex ſupra ſcriptis cauſſis exigi legimus, ut *L. ex empto*, 11. *§. idem ait, D. de act. em. L. penul. §. ult. D. de per. & com. rei ven.* Sed in *L. emptori*, 37. in pr. *D. de evict.* diſerte ſcriptum eſt, ita duplam promitti a venditore oportere, ut tamen non ſatiſdetur, niſi ſpecialiter id actum ſit, ſed ut repromittatur. De ſimplici autem cautione habere licere, nihil amplius traditur in *d. L. ex empto, §. venditorem, de act. em.* quam ex empto actionem eſſe, ut habere licere caveatur. Sic & de morbis vitiiſve nihil amplius exigitur a venditore, quam ut de his caveat, *d. L. ſi venditor, de æd. ed.* Cautionis autem verbo nuda tantum

novatio fieri intelligitur, niſi aperte expreſſum, ſaltem iure novo, *L. ult. C. de novat.* & *in d. L. 1. §. 2.* Florentini codices exhibent, *ut ſi nova actio* non vero *ut fiat novatio.* ceu legit Faber *d. C. 3. & 70. Err. pag. 6. Prag.* 430. Ex *d.* vero *L.* 60 & *d. L.* 4. nihil firmiter inferri facile legenti patet. Quid quod Cuiac. 8. *ad Afric. in L. 61. §. 8. de furt.* contendit, quia quæ conſuetudinis ſunt, veniunt in bonæ fidei iudicium: hæc autem ſtipulatio duplæ aſſidua in venditione mancipii: ideo agi ex empto etiam in duplum, etſi venditor non caverit. Quanquam nec id mihi perſuaderi patior per *d. L. 4. de act. empt.* Immo retorqueo. Quia uſus fert communis interponi ſtipulationem, debuerunt & illi contrahendo ſeſe accommodare. Quod dum non fecerunt, ſe ab eo recedere teſtati ſunt. Nec obſtat *L. 31. §. 20. de æd. ed.* Ibi enim actione ex empto non exigitur præſtatio duplæ, ſed ipſa ſtipulatio quam venditor iure poſtulare poteſt, etiamſi ſimplam per errorem ſtipulatus *L. 37. §. ult. de evict.* licet ſi ſtipulationem præſtare renuat venditor in, duplum condemnandus ſit. *L. 2. de evict.* vid. & A. Fab. 2. *Coniect.* 3 Cæterum ſi ex ſtipulatu agatur, æſtimatur bonitas ex tempore venditionis *L. bonitatis* 31. & 2. *ſeqq. de evict.* Si ex empto ex tempore quo evincitur *L. 66. §. ult. L. 70. d. t.* Hæc enim in id quod intereſt datur & bonæ fidei eſt, illa ſtricta, qua inſpicitur quod convenit, non an res minor vel maior facta *L. 64. d. t.* Cabot. 2. *Diſp.* 28. Committitur quoque ſtipulatio re evicta venditori ante traditionem factam per *L. 3 de doli exc.* Cuiac. 25. *Obſ.* 26.

promiſſio accipitur, non etiam fideiuſſio, *L. ſancimus*, *C. de verb. ſignif.* Verius eſt igitur in omnibus ſupra ſcriptis cautionibus nudam tantum repromiſſionem exigi, non ſatiſdationem. Una hæc exceptio eſt, niſi venditor, re tradita, pretium petat eo tempore, quo iam dominii quæſtio emptori moveri cœperat. Placet enim propter periculum imminentis iam & denuntiatæ evictionis ita audiendum eſſe venditorem pretium petentem, ut tamen ſimul & emptori de evictione recte cautum eſſe debeat, ne cum re etiam pretium amittat. Idcirco non aliter eum pretium ſolvere cogendum quam ſi fideiuſſores idonei a venditore eius evictionis offerantur. *d. L. pen. §. ult. de peric. & com. rei vend.* Nam quod dicitur in *d. L. ex empto, §. idem ait, de act. em.* ſatis non dantem auctorem quanti plurimi periclitari oportere, ſic accipiendum eſt, ut ſit ſenſus, non ſatiſdantem, quo caſu ſcilicet ſatiſdare debet, tanti periclitari oportere. Debet autem ſatiſdare, cum id promiſit, aut in venditione id ita futurum pactus eſt. *d. L. emptori*, in pr. *de evict. L. ſi quis ab alio, D. de re iud. L. ſi quis ſtipulatus*, 112. *de verb. obl.* Quod ſic interpretandum dicimus, ut in *d. §. idem ait* intelligatur eſſe quæſtio, non an debeat venditor ſatiſdare, ſed cum debet, ad quid teneatur: de quo illic Ulpianus reſpondeat.

XV. Atque hæc venditoris obligatio eſt, hæ ab illo ſuperiorum rerum præſtationes, quæ ſi ab illo ultro obtinentur, obligatio ſublata eſt. Si non obtinentur, eſt earum omnium rerum nomine actio emptori conſtituta, quæ ex empto appellatur. *L. ex empto*, 11. in princ. *D de act. empt.* Nomen ex perſona & re, unde naſcitur. Eſt enim origo ab emptore, emptor a facto, quo rem ſibi emit, quod factum appellatur emptum. Eadem dicitur empti actio, ut in inſcriptione Tituli, *de actionibus empti, & venditi.*

C A P. V.

Quid emptor venditori præſtare debeat iudicii poteſtate, & quæ eo nomine actio.

Tria præſtanda ab emptore venditori; & quæ. I.
 1. *Pretium: Hoc emptor tenetur facere venditoris, licet hic, re tradita, liberetur.* II.
 Differentiæ ratio. III.
Quæ alia ex præſtatione pretii conſectaria. IV.
 2. *Res quæ in actionem ex vendito deducuntur. Hæc cuiuſmodi. Exempla.* V.
 3. *Sumptus neceſſarii atque utiles in re vendita ante traditionem facti.* VI.

I. SUnt etiam invicem, quæ emptor venditori præſtare debeat iudicii poteſtate, conſtituta eo nomine venditori actione; cui ſimiliter ex perſona & re, unde oritur, nomen eſt, diciturque ex vendito, ſeu venditi. *L. Iulianus* 13. §. *ex vendito*, & in inſcriptione Tituli. *D. de act. empt.* Quæ ex hoc genere emptor venditori præſtare debeat tria ſunt: pretium; res quæ per occaſionem emptionis ad emptorem pervenerunt, extra cauſſam tamen emptionis: ſumptus a venditore in rem venditam utiliter facti.

II. Pretium ſemper; quoniam nulla emptio ſine pretio, quod pro re vendita præſtetur. Sed quod in traditione rei traditæ leviter attigimus reiicientes in hunc locum, id hoc loco monendi ſumus, non eamdem eſſe præſtationem pretii, quæ ab emptore exigatur, & rei venditæ tradendæ, quæ proficiſci debeat a venditore; & ſimul inveſtiganda differentiæ huius ratio, quæ ut in præſtationibus mutuis & æqualibus non facile cuivis occurrat. Eſt ergo hoc diſcrimen, ut quanvis hic pecunia pro re, & res vice mutua pro pecunia præſtetur: *L. naturalis*, 5. in pr. *D. de praeſcr. verb.* tamen ita ius ſit, ut venditor rem venditam ſolum tradere debeat, ut quanvis forte tradiderit alienam, liberetur, tantumque obligetur ob evictionem. Contra emptor nummos, quos præſtat pretii nomine, venditoris facere cogatur, ut ſi alienis ſolutis, cum alii petuntur, dicat ſe evictionem eorum præſtaturum, eoque iubeat eam evictionem expectari exemplo rei venditæ, non audiatur. Hoc diſcrimen diſerte traditum in *L. ex empto*, 11. in pr. *D. de act. em.* III.

Digitized by Google

III. Hic vero quæritur [1] differentiæ ratio. Nec immerito, cum in his rebus, quarum una pro altera vice mutua præſtatur, æqualitas commutationis & commercii eamdem præſtationem ab utraque parte exigere videatur. Et de diſtinctione ſuperiore, deque obiectione ſubiecta ſic habeatur: ſi natura emptionis eandem præſtationem in re vendita, quam in pretio rei ferre poſſet, omnino etiam in re vendita eamdem admitti debuiſſe. Sed ſi in pretio rei venditæ eam præſtationem emptio admittit, in re vendita non niſi traditionem & obligationem de evictione: neceſſitas cogit id ſervari in hac re, quod naturæ contractus convenit. Atqui ſi res aliena forte vendita eſt, neceſſe eſt aut nullam eſſe traditionem, aut ſuperiorem traditionem admitti. Nullam eſſe debere hic traditionem dicere non licet. Nam & naturæ emptionis, & obligationi repugnat. Aliam eſſe poſſe traditionem, nempe eam, qua res detur, ne hoc quidem in propoſito licet dicere, quandiu res vendita aliena erit. Quid enim? rei alienæ dominium venditor transferet? At non poteſt transferre, qui ipſe dominus non fuit. *L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus. D. de reg. iur.* Dabit aliam, ſed ſuam? at neque hanc debuit, quia non vendidit: neque adeo ſi maxime velit, ſolvere poteſt iure emptionis, quia aliud pro alio ſolvi invito creditore non poteſt. *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* Reſtat igitur, ut ſi emptionem in omni re tum noſtra, tum aliena valere volumus, hoc ſtatuatur ſic venditorem obligari debere, ut rem tradat, quomodo diximus, quo fiat, ut ſi prius ipſe dominus fuit, dominium transferat, ſi non fuit, præſtet ſolum evictionem. Neque iuſte dicet emptor iniquum eſſe ſibi non idem præſtari, quod ipſe præſtet venditori. Conſequitur enim re ipſa idem nihilominus, dum ei poſſeſſio vacua idest ſine interpellatione præſente cuiuſquam, & re evicta evictio ei præſtatur. In pretio autem emptionis contra evenit, ut ſemper emptor pecuniam pretii facere poſſit venditoris iure ſolutionis. Idcirco quod recta poteſt, & debet, etiam recte ab illo exigitur. Nam qui fundum emit, exempligratia, centum aureis; centum aureos certos non dixit, quos præſtaret, puta hos aut illos; ſed centum in genere, centum quoslibet, unde illos exprompſerit. Hæc res facit, ut ſi primo ſolverit centum alienos, recte ab illo exiguntur alii centum, quos in venditorem transferat, quia alios ſuos habere poteſt natura; dum autem alios præſtabit, non eſt periculum, ne dicatur aliud pro alio ſolvere, quia hos debuit, non eos, quos prius ſolvit: utpote alienos, quos nequaquam debet, quandiu alios poteſt recte facere venditoris. Quod ſi aliquando ut in pecunia pretii genus debetur, ſic in re vendita eveniret, ut venderetur genus, puta decem boves, decem equi: idem hic quoque exigeremus a venditore, ut eos boves aut equos præſtaret, qui fierent emptoris, nec alienos dando liberaretur. arg. in *L. qui concubinam, 29. §. ſi heres, D. de leg. 3. L. heres ſervum, 58. D. de evict.*

IV. Hoc in pretio ſtatui id efficit, ut ſi emptor pretii nomine alienos nummos ſolverit, non poſſit agere ex empto utiliter, ut ſibi res vendita tradatur, niſi alios nummos ſuos venditori [2] offerat. *L. Iulianus, 13. §. offerri, D. de act. empt.* Hoc amplius quamvis nummis alienis ſolutis res tradita ſit emptori: tamen niſi alii offerantur, qui fiant venditoris, poteſt is rem ut ſuam vindicare, ad quoſcumque poſſeſſores ea pervenerit. Res enim venditæ & traditæ ita demum vendito-

1) Vulgo DD. ita. Quia venditor ſpeciei, emptor autem generis debitor, ideo cum ille gravius oneretur in eo, quod ipſam rem in ſpecie tradere cogitur, relevari in eo quod tradere, non dare tenetur, Accurſ. & Bart. in *d. L.* 11. §. 2. & Iaſ. in *§. actionum* 28. *I. de act. n.* 134. Mozz. *de Empt. Col.* 3. *de Subſtantial. Emptionis n.* 9. Coraſ. *ad L. ult.* (ipſi penult.) *de ſervit. n.* 4. & Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 50. *n.* 3. Sed reprobant eam Ant. Fab. 6. *Coniect.* 9. (1) quia hoc diſcrimen non ex æquitate, ſed certa iuris ratione. (2) Imo non hic eſt favor venditoris, qui re evicta, tenetur ad id quod intereſt, quod ſæpe pretium & æſtimationem rei egreditur, & Henric. Heidecc. *ad L. naturalis* 5. *de praeſc. verb. axiom.* 18. quia heres legatario & promiſſor ſtipulanti ad ſpeciem certam obligati, rem tamen accipientis facere coguntur. Faber autem ſic: *d. Cap.* 9. Quia inter venditorem & emptorem non id agitur præcipue, ut dominium transeat, ſed tum demum ſi dominus ſit qui vendit. Nec inutilis alienæ rei emptio, ex qua & uſucapiendi cauſſa & indemnitati emptoris conſulitur, certis remediis. Emptor autem dare cogitur, quia alias ſolvendo alienos nummos liberaretur omnino, vel ad id quod intereſſet venditoris, obligaretur, contra iuris rationem *L. 3. de in lit. iur.* In quo fere concinit Luriot. *de iur. arte Tr.* 17. *Ax.* 113. Quia id quod intereſt pretii reſpectu, quod nulla re æſtimari poteſt, conſiderari nequit, & Charond. 3. *Veriſim.* 12. quia nummi qui certi ſunt, *L. 3. de in lit. iur* in obligationem eius quod intereſt, quæ omnino incerta *L. ultim. Si quis in ius voc.* converti nequeunt *L. ult. a contrario ſenſu de pret. ſtip.* Sed & hæc ratio diſplicet Heideccio, quia etiam pecuniæ nomine intereſſe recte petitur *L. 4. de eo quod cer. lo.* Quare hanc reddit: quia uſus pecuniæ nullus, niſi accipientis fiat. Quæ & Weſembecii eſt *in Par. de act. empt. n.* 7. Arumæ. *ex Inſtin.* 14. *Th.* 4.

2) Prius enim implere debet contractum qui prior agit. Si emptor, offerat pretium *d. §.* 8. Sin venditor, prius tradat rem. Quod tamen non ſemper ſervari poteſt. Nam ſi alterutrius fides vel facultates ſuſpectæ, ſecuritas alia via parari poteſt, vel interpoſitis ſatisdationibus *L. 26. de ed. ed.* vel merce & pecunia apud aliquem depoſita *L. 39. de ſolut.* Cuiac. 23. *Obſ.* 15.

ditoris eſſe deſinunt, & fiunt emptoris, ſi pretium recte ſolutum ſit, aut 3 fides habita de pretio, ut in dominiis per traditionem transferendis ſupra diximus.

V. Alterum genus præſtationis in emptoris obligatione eſt, veniitque in actionem ex vendito, quod ſecundo loco poſuimus: res nimirum, quæ per occaſionem emptionis ad emptorem pervenerunt, cum eſſent extra cauſſam emptionis, id eſt cum iure emptionis ad eum non pertinerent. Huius generis res ſunt, quas rem venditam ſecutas, aut in re vendita inventas emptor per occaſionem rei venditæ & traditæ una cum ipſa re occupavit, cum tamen iure emptionis ad eum non pertinerent. Tale eſt, ſervo vendito, peculium ſervi, quod niſi nominatim convenerit, ut accederet, ſervum diſtractum non ſequitur. In eadem cauſſa eſt, etſi quid poſtea acceſſit ei peculio. Ideo id totum ex vendito reddendum venditori. *L. quoties*, 29. & 2. ſeqq. *D. de contr. emp.* Tales fructus, quos ante venditionem contractam perceptos, cum iuſſi non eſſent venditioni accedere, emptor per occaſionem rei venditæ invaſit: quos ideo placet actione ex vendito repoſci poſſe. *L.* 2. in fin. *C. de act. empt.* Conſtat enim commodum omne rei venditæ ut poſt contractam emptionem ad emptorem pertinet; ſic ante editum venditoris manere: quo in numero ſunt hi fructus. *L.* 1. *C. de per. & com. rei vend.* §. *cum autem, Inſt. de empt. & vendit.* Cum autem & hi, & peculium ſuperius per occaſionem emptionis occupentur, quaſi & ad emptionem pertineant: recte fit, quod earum obligatio & repetitio ad iudicium venditi revocatur; ad quod pertinet efficere, ne plus emptor ſibi ſumat iure empti, quam venditio ei concedat.

VI. Poſtremum genus ſuperiorum præſtationum, quibus tenetur emptor venditori, ſunt ſumptus a venditore in rem diſtractam facti. Sed in eo hæ ſunt conditiones tres; ſi bona fide facti ſint; ſi poſt venditionem contractam; ſi ante traditionem. Quorum duæ priores comprehenſæ ſunt in *L. pen. C. de act. empt.* tertia expreſſa in *L. Iulianus*, 13. §. *præterea*, *D. de act. emp.* quorum vis & ratio paucis exponenda eſt. Exigimus primum, ut ſumptus facti ſint bona fide. Conditio addita, ut removeantur voluptarii & non neceſſarii ſumptus: ſignificentur autem neceſſarii & utiles: quales ſunt, ſi quid in reſtitutionem ædificiorum diſtractorum, in culturam agri, in fructuum perceptionem, collectionemve, in ſervi aut animalis ægri curationem venditor erogavit. In eadem cauſſa eſt, & ſi quid impendit in eas res, in quas conſtet emptorem velle impendi, quanvis parum utiliter, *d. L. Iulianus*. §. *præterea*. Hæc actione ex vendito exiguntur ab emptore, *ibidem*; quia etſi venditor in his ſumptibus faciendis geſſit negotium emptoris; geſſit tamen non ſua voluntate, ſed ut venditor, qui iure emptionis facere neceſſe habuit: ut factum ex obligatione empti & venditi naſcatur. Meminiſſe enim debemus eius, quod ſupra diximus, venditorem inter cætera in re diſtracta cuſtodiam, & diligentiam rei tuendæ omnem adhibere debere. Huius autem cuſtodiæ & diligentiæ pars eſt, eos ſumptus facere, ſi venditor poteſt. Neque tamen de ſuo præſtare cogitur, cum incommodum ſit rei venditæ, ſi quid res vendita laborans deſideret, ut fiat, ne res pereat, aut deterior fiat. Incommodum autem poſt perfectam emptionem omne emptoris. Volumus hos ſumptus fieri poſt contractam emptionem: quia quidquid hic eſt incommodi non ante ad emptorem pertinet. *L.* 1. *C. de peric. & com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inſt. de empt. & vendit.* Volumus fieri ante traditionem; non ſane quod ſi re emptori iam tradita venditor eorum quæ ſupra ſcripta ſunt, quid fecerit: non habeat actionem adverſus emptorem ad eos ſumptus repetendos. Habet enim negotiorum geſtorum actionem, quæ propoſita eſt omnibus, qui in res alienas quid impenderunt utiliter. *L.* 2. *D. de neg. geſt.* Sed quod non habeat in eam rem actionem ex vendito, qualem nunc quærimus ex obligatione empti & venditi deſcendentem. Nam qui ita impendit poſt rei venditæ traditionem, nulla obligatione venditionis cogente impendit: utpote re tradita, omni

3) Si res ante pretium tradita, fide de illo non habita, tenetur emptor ad uſuras, *L.* 5. *C. de act. emp.* iuxta valorem fructuum rei venditæ, quos percepturus erat, ſi non vendidiſſet: etſi ex mora nullum incommodum ſenſit venditor. Satis enim eſt quod emptor illos fructus ſine cauſſa perceperit. Cæterum ſi damnum ex mora, idque exceſſit valorem fructuum, tenetur quoque ad illud, vid. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 50. *n.* 6. *&* 7. Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 9 Covar. 3. *Reſolut.* 4. Ubi autem periculum evictionis imminet, emptor, re licet accepta, non cogitur ſolvere pretium *L.* 5. *L.* 24. *Cod. de evict.* Sed quia verſuti debitores, ut ſolutionis tempus extrahant, ſæpe curant ſibi litem moveri, quomodo illis obviam iri poſſit, vid. Menoch. *de Arb. Caſ.* 224. Sed nunquid, fide de pretio habita, in creditum itur? Ita vult Iac. Scultet *in Addit. ad Modeſt. Piſt. P.* 2. *Quæſt.* 59. *n.* 15. Quod non puto, ſi aperte conventum id non ſit, quin etſi conventum, res valde dubia ob pugnam *L.* 15. *de reb. cred. & L.* 34. *pr. Mand.* Nec cenſendus eſt venditor iudicium bonæ fidei ex vendito, quod plenius & uberius condictione certi quæ ex mutuo, tacite remiſiſſe.

omni obligatione rei cuſtodiendæ, & tuendæ liberatus. Quo caſu ſola negotiorum geſtorum actio competit. *L. 6. §. cæterum, D. com. divid.*

C A P. VI.

De locatione & conductione: Quid ſit: Quæ perſonarum, rerum & factorum in hac contrahenda diſtinctio: Quæ in his verborum notatio.

Locatio & conductio emptioni finitima: & qua in re differat. I.
Locatio alia rerum, alia factorum: diſtinguendi cauſſa & ratio. II.
Locatio rerum quid. Quæ in ea perſonarum factorumque appellatio, & de etymo, ſeu notatione Verborum. III.
Locatio factorum quatenus ex eorumdem conditione æſtimanda; & quando hæc emptionis, aut innominati contractus formam potius, & naturam teneat. IV.
Non eadem ſemper in illa appellatio factorum & perſonarum; & quomodo certa eorum definitio explicanda. V.
Locatio tria deſiderat, & quæ: iiſdem regulis iuris, quibus emptio venditio, continetur: par utriuſque ratio: qualis: & quid in utraque diſſimile. VI.

I. EMptionem ſequitur locatio & conductio, finitimum emptioni genus. *L. 2. D. loc. & cond.* Eſt autem locatio & conductio & ipſa [1] contractus mutuæ præſtationis, ſed quo id agitur, non ut pro re, ut in emptione, ſed ut pro uſu rei, aut operæ, quæ quidem locationem recipiat, pecunia detur. Sic deſcriptio eſt huius generis indicata his locis: *L. 5. §. 1. D. de præſcr. verb. Inſt. de loc. & cond. L. 2.* in fin. *D. loc.*

II. Contrahitur locatio non uno modo: quod pro conditione rei ſubiectæ accidit. Alia enim rerum locatio eſt, alia factorum. Eſt autem hoc diſcrimen duplex. Nam res privatis uſibus ſubiectæ, omnes locationem recipiunt: & in harum ipſarum locatione ſemper una & certa perſona locatoris, una & certa conductoris. In factis utrumque contra. Nam neque omnia facta locari poſſunt; & quæ poſſunt, variatur in his pro qualitate facti, locatoris & conductoris appellatio; ut alias dicatur locator, qui operam præbet; conductor, qui dat pecuniam. Alias e converſo ille conductor, hic locator. Quæ cum appareat una definitione non contineri, de his ſeparatim dicendum eſt.

III. Ergo in rebus ſic locationem & conductionem recte definiemus, ut ſit locatio & conductio rei, cum res alicui utenda fruenda datur, certa pecunia conſtituta: quæ pro uſu præſtetur. Ut illinc re frui licere, hinc pecuniam dari debere pro uſu efficiat rei locationem. *L. ſi quis*, in pr. & *§. 1. L. ſed addes, 19. §. ſi dominus. L. si in lege, 24. §. colonus. L. si fundus, 33. D loc. § præterea*, & *§. adeo, Inſt. de loc. & conduct.* In quibus ſic factorum & rerum illarum diſtinctio & appellatio eſt, ut qui rem fruendam dat certa pecunia conſtituta, rem locare, unde & locator ipſe, & huius factum locatio; qui autem fruendam accipit, conducere dicatur: ex quo & conductor, & factum eius conductio. Ideo & illi ex locato actio adverſus eum, qui fruitur; & huic ex conducto adverſus eum, a quo res proficiſcitur. *L. ſi quis, 9. §. ult.* & *L. ſeq. L. ex conducto, 15.* in pr. *D. loc.* Atque hic conductor generaliter in rebus omnibus. Quod ſi res ſoli eſt, in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus dicitur. *L. re pignoris, 37. D. de aeq. poſ. L. ex conducto, 15. §. 1. d. L. ſed addes, 19. §. illud, §. ſi inquilinus, d. L. ſi in lege, 24. §. ſi colonus, §. ſi domus, L. ſi merces, 25. §. conductor, D. locat.* Pecunia autem quæ datur, dicitur generaliter merces; *Inſt. eod.* in pr. in rebus [2] immobilibus ſpecialiter penſio. *d. L. ex conducto, §. Papinianus, d. L. ſed addes, §. 1. §. ſi quis cum. L. quæro, 54. D. loc.* Quorum

1) Contractus ex conſenſu, certa mercede faciendi aliquid vel utendi, Vult. *in pr. i. h. t. n.* 4. Contractus ex conſenſu de re vel hominis opera certa mercede fruenda, Hot. *in Comm. D. h. t. in pr.* vid. & Mozz. *de locat. C. 1. n.* 12. *& ſeqq.* In quibus conveniat vel differat ab emptione Vult. *in d. pr. n.* 8. *& ſeqq.* (ubi *n.* 22. infert in quibus maxime videtur ſimilis in iis, cum primis diſcrepare, maxime in quibuſdam caſibus) & Mozz. *d. Cap* 1. Vid. de hac materia Gomez. 2. *Reſ.* 3 Fachin. 1. *Contr.* 85. *& ſeqq.* Gœd. *ad. L.* 5. § 2. *de V. S.*

2) Et in his ſolis Cuiac. 4. *Obſ.* 26. Vocatur & pretium *L.* 28. §. *ultim. L.* 51. §. 1. *L. in unam* 58. *hoc tit. L. ult. §. ult. ad L. Rhod. de iac.* ſed crebrius merces.

rum verborum hæc ratio & notatio eſt. Locare eſt, rem [3] aliquo loco conſtituere, & ut Varro loquitur *Lib. 4. de ling. Lat. facere, ut res uſpiam conſiſtat*. Proinde maxime proprie tunc, cum fit, ut res conſiſtat loco ſuo, ideſt eo, quam res natura ſua deſiderat. Id autem facit, omnis, qui rem ſuam alii fruendam dat certa mercede. Sic enim rem ſuam conſtituit apud alium, ut inde fructum rei percipiat, mercedem, cum alioqui fortaſſe res illi eſſet vacatura. Ac tunc maxime res bene & ſuo loco ſita intelligitur, cum fructum ad quem ferendum parata eſt, domino ſuo reddit. Conducere autem [4] ſecum ducere proprie ſignificat. Ad eos, qui rei uſum accipiunt certa mercede, traductum ex hoc initio. Primum enim ex re recte uſurpari cœptum in hac ſignificatione in latronibus ſeu lateronibus, & ſtipulatoribus regum. Hi enim ſunt auctore Varrone. *Lib. 6. de ling. Lat.* qui redempti ſunt primo, ut circum latera eſſent regi; quorum opera quia in eo erat, ut una ducerentur cum rege, ut eum ſtiparent, ideo non duci ſimpliciter, ſed [5] conduci dicebantur. Et conducebantur, inquit Varro, mercede. Hinc factum, ut ex conducendi verbo etiam merces pro hac opera intelligeretur. Id autem proprium eius conductionis, quam in hoc contractu nominamus, cum ſcilicet alios uſu noſtro conducimus certa mercede. Verbum poſtea translatum ad res ipſas; primum mobiles, quas mercede acceptas uſu noſtro nobiſcum ducimus: tandem etiam ad immobiles. Inter conductores autem rerum ſoli, colonus ſpecialiter dictus ab agro colendo: Inquilinus quaſi incolinus, ut qui ædes incolat, ideſt inhabitet. Mercedis verbum dictum vult idem [6] Varro a merendo; ære fortaſſe rectius dictum putemus ex eo, quod merenti cedat: quia verbum merces nec ſcribitur per æs diphthongum, nec inflectitur ita, ut fit merces, merceris. Quorum tamen utrumque fit in verbo æs æris. At merces mercedis cum dicimus, in hac inflexione utrumque illud, quod dixi, agnoſcere poſſumus. Sed ſive hoc, ſive illud placet, convenit rei pariter utraque notatio. Eſt enim merces ea pecunia, quam quis uſu rei ſuæ, aut opera ſua meretur, ſeu meret. Unde mercenarii, qui opera ſua ita merent, & quæſtum faciunt. Penſio, quod ſtatis temporibus pro uſu rei penditur. Atque hæc rerum locatio, & in his ſuperiorum verborum diſtinctio ac ſignificatio eſt.

IV. Factorum, ut dixi, non eadem cauſſa. Nam primum non [7] omnia facta etiam iure non improbata, recipiunt locationem, ut maxime pro iis detur pecunia. Quædam locari poſſunt; quædam non poſſunt. Id Paulus exemplis ſic explicat in *L. naturalis, 5. §. 1. D. de præſcr. verb.* Locari poteſt, inquit, veluti *ut tabulam pingas*, ſupple meam. Locari non poteſt, veluti *ut ſervum manumittas*; nempe tuum. Nos his exemplis ſimilia comparantes deducimur ſimilitudine in definitionem harum rerum generalem. Et res ita habet, quod & aliis locis eorumque exemplis in eamdem definitionem conſentientibus declaratur. Quod factum quis noſtro nomine exercet aut in re noſtra, aut noſtra perſona, id tale eſt, ut poſſit locari. Ac tunc vere erit locatio, cum mercede conſtituta exercebit. In re noſtra; veluti ſi convenerit mihi tecum, ut tabulam meam pingas, ut in area mea inſulam ædifices, ut ex auro meo mihi vas aut anulum conficias. Quæ definitio prope expreſſa eſt in *L. Sabinus*, 20. *L. convenit*, 65. *D. de contr. empt.* exempla *ibidem*, in *L.* 2. in fin. *D. locat. §. item quæritur, Inſt. eod. d. L. naturalis, §. 1. de præſcr. verb.* In perſona noſtra; veluti, ſi dem nautæ, aut aurigæ, ut me vehat. *L. ſed addes*, 19. *§. ſi quis mulierem, D. locat.* Unum genus operæ exceptum eſt, agrimenſuris videlicet: qui quanvis mercedem habeat pro opera; non crediderunt tamen veteres, inquit Ulpianus, cum tali perſona locationem & conductionem eſſe, ſed magis operam beneficii loco præberi: & id quod datur, ei ad remunerandum dari: & inde honorarium appellari. Hoc ille in *L.* 1. in pr. & §. 1. *D. ſi menſ. falſ. mod. dix.* Contra ſi quis quod facit meo nomine.

Id

3) Ita & Don. noſter *de Præſcr. verb. Cap.* 4. *n.* 3. quia re accepta in ea aliquis tanquam in conſtituto loco operam ſuam locat & conductori impendit. Hopper. *Lib.* 4. *μυθάνων pag.* 157. quod locum alicui, ac ſedem locator concedat.

4) Aliter Hopper. *d. loc.* a conducibili, quod commodum rei ac fructus conductor percipiat.

5) Feſt. *Lib.* 10. Nic. Perot. *Cornucop. in* 2. *Martial. Epig. f. mihi* 233. *&* in 27. *Epigr. f.* 808. Coraſ. *ad L.* 13. *de off. præſ. n.* 2. Ioan. a Woweren. *Animadv. in Petron. ad pag.* 92. *v.* 12.

6) *Lib.* 4. *de Ling. Lat. f. m.* 1125. qui tamen *eod. Lib. f. m.* 1139. a merendo ſimpliciter derivat, & Perot. *Cornucop. in* 2. *Martial. Epig. f.* 140.

7) Vulgo ſic: ref. Loriot *de iur. arte Tr.* 17. *Ax.* 132. Facta conductitia quæ vel meri facti, ut ire Romam; vel non momentanei; ut meo nomine litigare. Non autem quæ ſunt iuris & facti momentanei, ut vendere, manumittere. Refellit hoc Loriottus, quia ut Romam eas, non eſt Locatio *L.* 5. *pr. de cond. ca. da.* Ut rem oppignores eſt *L.* 19. §. 1. *de præſ. verb.* Ipſe ſic. *Ax.* 133. inter eas perſonas quæ locare conſueverunt *L.* 1. *pr. Si men. fal. mod.* factum locatum dici, quod in re locantis fieret ex. gr. tabulas pingere, facere rivum *L. ult. hoc tit.* cuſtodire ſervum.

Id certa pecunia conſtituta exercet in re ſua, aut in aliena, hic locatio non eſt: ſed aut emptio, aut alius contractus innominati genus. Emptio eſt, ſi certa pecunia conſtituta, quid facit in re ſua, quam poſtea facto ſuo adornatam nobis tradat. Veluti ſi convenerit cum opifice, ut mihi ſtatuam, vas, annulum, veſtem ex materia ſua faceret, ſic deinde traderet. Toties enim emptio eſt, quoties ſubſtantia rei traditæ proficiſcitur ab eo, qui tradit. Sic res definitur in *d. L. Sabinus*, & *d. L. convenit, de contr. empt.* congruunt item exempla *d. L. 2. D. loc.* & *§. item quæritur, Inſt. eod.* Aliud genus eſt contractus, cum quis quid ita facit in re ſua, ut eam rem non transgrediatur; certe non debeat poſtea ea res in nos transferri. Quod genus eſt illud Pauli, cum do tibi pecuniam, ut ſervum manumittas *d. L. naturalis, §. 1. de præſcr. verb.* Quod multo magis dicendum eſt, ſi quis quid faciat in re non ſua, ſed aliena, quam ſimiliter nobis non tradat. Cuiuſmodi eſt, ſi pecuniam tibi dederim, ut Romam eas meo nomine. In qua ſpecie cum mihi detur dati repetitio, prius quam Romam ieris; in *L. ſi pecuniam, 5.* in princ. *D. de cond. cau. dat.* ea re ſatis declaratur in eo negotio non contrahi emptionem, aut locationem, cum in his, ut in emptione diximus, ea de quibus convenit, etiam ultro peti poſſint: proinde ſemel data, multo magis retineri, ex regula iuris. *L. invitus, §. primo, D. de reg. iur.* Emptionem non eſſe perſpicuum eſt, cum nulla ſit res, quæ mihi abs te tradatur. Locationem non eſſe ex eo intelligimus, quod id quod ſit, id eſt ipſa itio, per aliena loca exercetur. De quo ſcripſi plura in *libro de præſcriptis verbis, Cap. 4.* Locationem in his, an aliud genus contractus ob rem dati contrahi dicamus, multum intereſt. Nam ſi locatio eſt, ſolo conſenſu obligatio naſcetur. Sin illud alterum genus contractus, non naſcetur. Ut & in emptione de permutationis placito ſupra diximus. *L. ex placito, C. de rer. permut. L. 1. D. eod.* Præterea in locatione & ſimilibus contractibus, qui conſenſu contrahuntur, quod ſemel datum eſt ex fide contractus, repeti non poteſt; ut pretium numeratum ab emptore quanvis venditor rem non tradat. *L. ſi non donationis, C. de contrah. empt.* In aliis ſi quid datum eſt ob cauſſam, veluti ut Stichum manumittas, cauſſa nondum ſecuta ex pœnitentia repeti poteſt, ut modo attigi, *d. L. ſi pecuniam, D. de condict. cauſ. dat. d. L. naturalis, §. primo, D. de præſcr. verb.*

V. Cum factum exſiſtet eiuſmodi, quod recipiat locationem, nondum tamen certum in hoc genere, qua in perſona ponamus locationem, in qua conductionem, ut quid ſit horum alterutrum in factis, in univerſum definire poſſimus. Non enim ut in locatione rei, ita hic una & eadem perſonarum & factorum [8] diſtinctio atque appellatio eſt. Eſt cum is qui operam præſtat, dicatur locator, qui ea utitur, & pecuniam dat, conductor. Eſt contra, ubi ille dicatur conductor, hic locator. In quo hæc diſtinctio eſt. Intereſt, utrum is, qui facit quid noſtro nomine certa mercede conſtituta, præſtet nobis in eo ſolum operam ſuam ſine ſuo ſumptu, quem in opus faciendum adhibeat, an vero id factum quod exercet, exerceat ſua impenſa. Si quis ſolam operam nobis præſtat in re aliqua, dum ſcilicet opus exercemus noſtro ſumptu: is qui operam dat, dicitur locare operam ſuam; nos qui pecuniam damus pro opera, dicimur operam conducere: ut ſit illi actio ex locato adverſus nos; nobis adverſus eum ex conducto. Veluti, ſi quis exceptor, aut pictor domi noſtræ nobis operam dat, ille ut in charta noſtra excipiat quod dictamus, hic ut noſtro ſumptu tabulam noſtram pingat, præter artem & operam ad opus nihil admodum conferens. *L. ſed addes, 19. §. ult. D. locat.* Quod ſi quis opus id quod ſit, peragit ſuo ſumptu, pecunia pro opere a nobis conſtituta: hic

8) Ita Cuiac. 2. *Obſ.* 28. Non ſemper qui mercedem accipit, locator: conductor qui dat. Nam qui domum faciendam dat, locat: qui ſuſcipit, conducit, & paſſim *h. t. L. 2. L. ult. ad. L. Rhod. de iac.* Ac generatim locator eſt, qui dat utendum vel faciendum aliquid: qui accipit, conductor. Litterator ſi ad docendum operas exhibeat ac de mercede paciſcatur; locator eſt: diſcipuli conductores. Quod ſi in diſciplinam ſe dantes erudiendos ſuſcipiat, conductor eſt magiſter; diſcipuli locatores, ita Cuiac. vid. eundem 3. *Obſer.* 2. & qui conſentit Vult. *in princ. I. hoc tit. n.* 6. Sed rectius noſter. Et refellit Cuiacium Rob. 1. *Animadv.* 8. Locator, iuxta hunc, generalius, qui pro mercede faciendum vel fruendum aliquid, vel operam præſtat. Conductor qui iſthæc ſuſcipit. Hinc cum eveniat ut qui illorum aliquid præſtat, ſimul aliquid ſuſcipiat; idem Locator & Conductor dici poteſt. Ex. gr. Si loco domum conſtruendam architecto, viciſſim ab eo operas conduco. Et ſic locator ſum & conductor *L.* 22. *§.* 2. *h. t.* Qui operas locat *d. §.* 2. *L.* 19. *§.* 9. *L.* 38. *h.* idem faciendum aliquid conducit *L.* 9. *§.* 4. *&* 5. *L.* 25. *§. pen. L. ultim. hoc ti.* Replicat Cuiac. 1. *not. Merc.* 10. hoc non magis fieri quam negotium do, ut facias, converti in facio, ut des. Verum ſi ita conventio inita: do 10. ut ædifices: dans decem, locator: conductor accipiens. Contra ſi tu operam tuam utendam dediſti ad ædificandum, ego ſuſcepi, tu es locator; ego conductor. Multum deinde laborat Cuiacius ut ſe ex *d. L.* 22. *§.* 2. expediat, ſed incaſſum fere. Unde duplicat Rob. 1. *Notar.* 10. perverſe contractum locationis, ſolo conſenſu contentum, ad normam innominatorum, qui ex re tradita aut facto initium ſumunt, redigi.

invertitur factorum, ſimul & locationis & conductionis appellatio. Nam nos quibus opera præbetur, & a quibus pecunia eſt, dicimur locare illi opus faciendum: ille, qui mercedem accipit, dicitur opus faciendum conducere. Ut puta, ſi cum fabro tignario mihi conveniat, ut domum ædificet in area mea ſua impenſa, certa mercede conſtituta pro opera, ego dicor illi locare inſulam ædificandam: ille ædificandam conducere. *L. item ſi.* 22. *cum inſulam*, *D. locat.* Item, ſi cum nauta conveniat, ut ego vehar, ſi quidem ego meo ſumptu navem exerceo, & utor tantum nautæ opera ad opus faciendum in navi; ille operam locat, ego conduco: unde illi actio ex locato, mihi ex conducto. At ſi ipſe navem ſuam exercet, ut ſolent nautæ, & ego do me illi vehendum, dicor locare me illi vehendum; ille me vehendum conducere: ut iam contra mihi ſit actio adverſus illum ex locato; illi adverſus me ex conducto. *L.* 1. *D. de præſcr. verb.* *L.* 2. in princ. *D. de leg. Rhod. d. L. ſed addes*, 19. *§. ſi quis mulierem*, *L. ſi merces*, 25. *§. qui columnam*, *L. ea lege*, 51. *§. ult. D. loc.* Prioris diſtinctionis & appellationis ratio manifeſta eſt. Eſt enim opera res, quæ a mercenario bene & ſuo loco locatur, dum ita collocatur, ut ex ea percipiat fructum operæ, mercedem ſimiliter ut ſit in rei corporalis locatione. Et eadem ab eo qui accipiat, recte dicitur conduci, quia eam ſecum ducit mercede, ut fieret ſi conduxiſſet rem corporalem. Cum autem eadem interveniant in poſteriore locatione, mirum videri poteſt, cur in ea nihilominus immutentur factorum & perſonarum appellationes. Sed conſtat veteribus hæc quoque poſterior appellatio ſua & optima ratione. Nam qui opus integrum faciendum alii committit, is recte dicitur, & ex verbi ſignificatione opus faciendum locare, qui bono loco locat, dum ei committit, a quo peragatur. Qui autem faciendum accipit, ideo dicitur conducere faciendum, quia etſi nemo conducit, niſi qui pecuniam dat pro re, quam conducit, quod generaliter tenendum eſt: tamen & hoc ipſum in huiuſmodi conductoribus accidit. Nam prius pecuniam ſuam erogant, & impendunt, quam mercedem operæ accipiant, dum opus ſuo ſumptu peragere coguntur. Qua in re quodammodo pecunia ſua emere videntur, ut ſibi tradatur opus faciendum. Unde factum in uſu veterum & iuris, ut qui aliquod opus ſuo ſumptu faciendum ſumunt, dicantur redemptores; quos eoſdem conductores operis faciendi eſſe conſtat ad *L. ea lege*, 51. *§. ult. L. cum in plures*, 60. *§. lege*, *D. locat. L. redemptores*, *D. de rei vind.*

VI. Sed utrumque ſuperiorum rerum locatio eſt; utrumque in his factorum & perſonarum diſtinctio tum appellatio; apparet ex omnibus, cuiuſcumque modi locatio ſit, omnem tria hæc deſiderare, rem de cuius uſu agatur; pecuniam eamdemque mercedem, quæ pro uſu præſtetur; & conventionem de his rebus ita præſtandis. In quibus ſi quæritur, quid ſervandum ſit, utemur in eo veterum regula, quam huc referri oportet, locationem & conductionem proximam eſſe emptioni & venditioni, iiſdemque iuris regulis conſiſtere. *L.* 2. *D. locat.* Id hanc ſignificationem habet. Ut emptio ſine re; ita ſine re locatio & conductio nulla eſt. Res locationis propria eſt rei corporalis uſus, aut præſtatio operæ, quæ & ipſa quaſi quidem uſus eſt operæ. Qualia hæc eſſent cum in rebus tum in factis, ſupra diximus. Ut in emptione pro re pretium; ſic in locatione pro uſu rei vel operæ intervenire oportet mercedem. Quam & in ſingulis tum rebus tum factis exegimus. Quam ob cauſſam ſicut emptio, ita & locatio donationis cauſſa contrahi non poteſt. *L. ſicut*, 20. *D. locat.* Sic autem videtur contrahi donationis cauſſa, cum merces ita ponitur, ut locator donationis cauſſa non ſit exacturus. *L. cum in venditione*, 36. *D. de contr. empt.* Idem eſt, & ſi quis conduxerit nummo uno. Nam & hoc, inquit Ulpianus, donationis inſtar inducit: unde & hic ullam conductionem eſſe negat. *L. ſi quis*, 46. *D. loc.* In mercede itidem ut in pretio duo ſpectanda. Primum ut conſiſtat 9 in pecunia numerata. Quod ſi pro uſu rei aliud quid præ-

9) Conſentit Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 3. Mozz. *de Locat. Cap.* 2. *de Diviſ. Locat. n* 4. *&* *Col.* 5. *n.* 2. Fachinæ. 1. *contr.* 82. Quæ & ſententia receptior, quam probant ex *L.* 5. *§.* 2. *de praſ. verb.* Coutra Cuiac. 8. *ad Afr. in leg.* 35. *§.* 1. *hoc tit.* Coraſ. 2. *Miſc.* 11. Pinel. *ad Rub. Cod. de reſc. vend. P.* 2. *n.* 29. *& ſeqq.* Hopper *Lib.* 4. *ωυθαιον pag* 160. Weſ. *in Par hoc tit. n* 7. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 53. Vult. *in pr. I. hoc tit. n.* 1. *&* 1. *Iuriſp.* 36. *n.* 14. Ercircundo, partes non inſeite componit Greg. Lopez. *Animadv. C.* 15. *n.* 3. *& ſeq.* ſc: In locatione faciendi merces tantum in nummis. In locatione vero fruendi etiam in fructibus vel alia re. (1) Omnes enim Leges quæ de pecunia numerata, loquuntur de locatione factorum. Contra aliæ de locatione rerum. Ratio differentiæ. Illic, ſi non ſit merces in nummis, contractus referri poteſt ad negotium, do ut facias. Hic non poteſt niſi do ut des. At is contractus innominatus nullus eſt præter permutationem. Nec propter traditionem reduci poteſt ad genus facio ut facias, quia traditio non eſt factum, quod cadat in eum contractum. Nam & venditio traditionem, non dationem, exigit, & tamen venditio eſt ſpecies contractus do ut des. (2) Quia locatio rerum, ſi merces non ſit in nummis,

præſtetur, locatio non erit. §. *præterea, Inſt. de loc. & cond.* Nam quod dicitur in *L. ſi olei*, C. de locat. *ſi olei certa ponderatione fructus anni locaſti, a contractu bona fide habito, propter hoc ſolum, quod alter maiorem ponderationem obtulit, recedi non oportere: locaſti* dictum eſt [10] abusive, dum imperatores referunt verba conſultricis, quæ in ſpecie facti proponenda hoc verbo uſa erat. Cæterum re vera locatio non fuit. *d. § præterea, Inſt. de loc.* Neque res caret exemplo, ne quis forte nos hic divinare criminetur. Nam ſimilis plane abusio verbi commodati in ſpecie facti proponenda ex verbis contrahentium legitur in *L. ſi gratuitam*, 17. *§. ſi cum unum, D. de præſcr. verb.* & in *d. §. præterea*, ubi tamen poſtea negatur eſſe commodatum. Alterum in mercede ſpectandum, ſimiliter ut in pretio, ut certa ab initio conſtituatur. Quæ ſi in alienum arbitrium collata erit, eadem diſtinctione ſervabitur [11] locatio, qua in eadem conventione emptionem ſervari diximus, ut declaratur fuſius *Inſt. eod.* in pr. *L. ſi merces*, 25. in princ. *D. eod.* In locatione & conductione conventio & finis dandi accipiendique idem. Hæc enim conventio eſt, ut rei uſus, vel operæ præſtetur, ſimiliter ut rem in emptione præſtari oportet: ab altera autem parte ut detur pecunia, non præſtatur ſolum. Quod & ipſum quale eſſet ſupra in ſingulis generibus locationis intellectum eſt. Unum diſſimile eſt, poſitum in rei præſtatione ſeu traditione. Nam in emptione & venditione ſic res ut plurimum traditur emptori, ut perpetuo ſit apud eum: unde & perpetuo evictionem præſtat. *L. ex empto*, 11. in princ. *D. de act. empt.* in locatione & conductione non aliter placuit hanc contrahi, quam ſi res non ad longum tempus detur. Quod ſi ita detur res ſoli fruenda, ut ſit conſtitutus uſus vel in perpetuum, vel ad longum tempus, primo quidem dubitatum, emptione eſſet, an locatio: tandem obtinuit neutrum eſſe, ſed [12] proprium contractum, qui dicitur emphyteuticarius, de quo ſupra in iure emphyteutico dictum eſt. *§. adeo, Inſt. de loc.* Quam ſpeciem ad ſuperiorem differentiam atque hunc locum referre convenit. Quod ſi de re & mercede ita præſtandis, ut diximus, convenerit, tum perfecta locatio & conductio eſt. Quod fit ſolo conſenſu ſimiliter ut in emptione. *L. 1. & 2. D. loc. Inſtit. eod. tit.* in princ.

nummis, facile poteſt reduci ad partiariam locationem, & immo alias partiaria locatio, non eſſet locatio. (3) Nec poſſet alias eſſe locatio, in *L.* 35. §. 1. *in fin. D. L.* 8. *Cod. hoc tit.* (4) Denique & quoad alia diverſæ hæ ſpecies diverſo iure reguntur. Sic regula, Locatio non mutat dominium, pertinet ad ſolam locationem fruendi. Et quando requiritur pretium in nummis, id fit ut diſtinguatur emptio a permutatione; locatio faciendi a do ut facias. Locatio autem faciendi, etſi in alia re merces, ſatis diſtincta eſt a commodato, quia non gratuita. Nec in alium tranſit contractum, etſi res alia detur loco mercedis. Nihil igitur eſt quod pecuniam numeratam requirat, ita Lopez.

10) Hotom. *in Comm. de præſcr. verb. pag.* 179. eſſe quaſi locationem, & dici ſic eo modo quo verbum *vendidi* in *L. 6. de præſ. verb.* ex intentione ſcilicet contrahentium Zaſ. *ad L.* 5. *pr. de cond. ca. da. a.* 5. ita vocari propter affinitatum Symbolizationem, ut loquitur. add. Fachin. 1. *Contr.* 82. Sed Coraſ. 2. *Miſc.* 12. *n.* 4. nihil inconcinnius eſſe vulgari expoſitione *locaſti*, id eſt, *Uſui conceſſiſti*. (1) quia titulus reſiſtit. (2) in *d. L.* 21. pœnitentiæ non eſt locus. Eſſet autem ſi contractus innominatus, & Cuiac. *d. Lib.* 8. *ad Afr.* quia do ut facias non eſt contractus bonæ fidei. Res expedita eſt, ſi diſtinctionem Lopezii *ut N. præced.* ſequamur.

11) Quid ſi res ſimpliciter locata iuſta mercede? Si locari ſolita certo pretio, illud conventum cenſetur, per *leg.* 18. *Cod. hoc tit.* Sin ſecus, nec de pretio conſueto liquet, non erit locatio, ſed præſcr. verbis aget dominus, in perſonam, vel actione in factum ex æquitate, ita Gomez. 2. *Reſol.* 13. *n.* 4.

12) Volunt DD. locationem ad tempus non modicum transferre ius reale, poſſeſſionem & utile dominium, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 14. *n.* 79. *& ſeqq.* Forſt. 1. *de Succeſſ.* 45. *n.* 35. *& Lib.* 2. *C.* 2. *n.* 14. *& ſeq.* Mozz. *de Locat. C.* 2. *de Diviſ. locat. n.* 7. *& ſeq.* Unde & quatenus alienatione vetita locatio talis permiſſa ſit, tractant Tiraq. *d. loc. n.* 81. *& ſeq.* P. Anton. de Petra *de Fideicom. ex prohib. alien. Quæſt.* 8. *n.* 81. *& multis ſeqq.* Pinel. *in L.* 1. *Cod. de bon. P.* 3. *n.* 63. *& ſeqq.* Sed non eſſe alienationem oſtendit, poſt Connan. 7. *Comm.* 12. Rittersh. *Lib.* 2. *Partit. feud. C.* 3. *Quæſt.* 36.

C A P. VII.

Locati & conducti obligationem mutuam eſſe inter locatorem & conductorem: Ex ea quæ utrique mutuæ actiones. Ac primum de locatoris obligatione. Duabus præſtationibus hanc contineri; ut præſtet locator conductori re locata uti frui licere: & ut eum in ea re indemnem præſtet. Tum quibus partibus harum præſtationum unaquæque conſtet.

Tranſitio, & doctrinæ progreſſus atque ordo. I.
Locatoris præſtationes eſſe ut frui liceat conducta re; & ut ſit indemnis locatio. II.
Ut præſtet frui licere, tria neceſſaria & quæ. III.
1. *Naturalis poſſeſſio ſeu detentio.* IV.
2. *Uſus naturæ rei conveniens, & quidquid ad uſus cauſſam pertinet. Exempla.* V. VI. VII. VIII.
3 *Rei fructus; & ſi ſterilitas contigit, mercedis remiſſio, & quatenus.* IX.
Rem conductam ut alteri locare liceat, ad fructum pertinet, & quomodo. X.
Superiorum præſtationum nomine, aut ad mercedis exonerationem, aut in id quod conductoris intereſt, teneri venditorem. XI.
Utro nomine teneatur, ex caſu aut culpa, quæ impedimento fuerit præſtationi, æſtimandum. XII.
Ex caſu ſola mercedis exoneratio præſtanda. XIII.
Caſus quid. Plures eiuſmodi ſpecies. XIV.
Exceptio, eiuſque ratio ex contrariorum refutatione expoſita. XV. XVI.
Ex culpa totum quod conductoris intereſt, præſtatur: id cuiuſmodi ſit, explicatur. XVII.
Culpa locatoris, ſi ſciens hic locatæ rei vitium tacuit; aut ſi per eum ſtetit, quominus conductor frui poſſet. Poſterior iſta quibus ex cauſſis minime præſtetur. XVIII.
Actio ex conducto eo dumtaxat, ut frui liceat, prodita, non ut rem perſequi aut retinere conductor queat. Quid his conſequens. XIX. XX.
Locationis indemnitas varie pro damnorum varietate pæſtanda. XXI.
Singula damnorum genera quæ; & quatenus præſtentur. XXII. XXIII. XXIV. XXV. XXVI.

I. LOcatinne eontracta, ut ex emptione inter emptorem & venditorem, ſic ex locatione & conductione naſcitur ſolo conſenſu obligatio, ex qua mutuæ ſunt inter locatorem & conductorem, neque diſſimiles admodum præſtationes. Similes quoque actiones utrique proditæ earum præſtationum obtinendarum cauſſa; nominibus ſcilicet, inditis ex perſona cuiuſque eui hæ actiones attribuantur; conductori ad ea obtinenda, quæ ei a locatore præſtanda ſunt, actio ex conducto. *L. ex conducto*, 15. *D. loc.* locatori ad ea, quæ conductorem ei præſtare oportet, actio ex locato. *L. qui inſulam*, 30. §. *qui mulas*, *L. ſi locatum*, 42. *L. ſi vulneraveris*, *ſeq. D. eod.* quæ eædem dicuntur locati & conducti, *Inſt. de loc. & cond.* in pr. *L. in iudicio*, *C. eod tit. d. ſi locatum*, *D. eod.* unde inſeriptio Tituli *D. locati & conducti*. Quæ huius obligationis pro natura & poteſtate iudicii præſtationes ſint, nunc quærimus. Quæ cum nonnihil diſſimiles ſint in conductione rerum, & in conductione factorum, in ſingulis autem his generibus aliæ a locatore, aliæ a conductore: natura harum rerum poſtulat, ut de generibus ipſis conductionum, & in his de perſonis locatoris & conductoris in hac quæſtione ſeparatim dicatur. Et quoniam rerum conductio notior eſt, & communior, in hac autem locatoris prima cauſſa ad locationem implendam, ab harum rerum utraque ordiemur.

II. Cum ergo de rerum conductione agitur, quæriturque primum, quæ hic locatoris obligatio ſit, quæ ab eo pro poteſtate huius iudicii præſtationes; ita ſtatuemus, earum præſtationum duo eſſe genera. Unum, ut præſtet locator conductori re conducta frui licere. Alterum, ut quoad eius ex bona fide fieri poteſt, præſtetur conductori indemnis locatio: ut ſic in ſumma, earum præſtationum pars ad rem fruendam, pars ad indemnitatem conductoris pertineat. III.

III. Primum, ut dixi, locatoris munus eſt, idem in locatione & conductione perpetuum, ut locator conductori præſtet re conducta frui licere. Traditum in *L. ſi quis domum*, 9. in pr. *L. ex conducto*, 15. in pr. *L. ſi fundus*, 33. in pr. *D. loc.* Hunc fructum ut obtinere liceat, tribus in rebus poſitum eſt; in rei locatæ poſſeſſione; in poſſeſſæ uſu, & utentibus nobis in fructus rei perceptione. Primum eſt enim ad fructum conſequendum, ut rem poſſideamus, ſine quo ne re quidem uti poſſimus, nedum frui. Proximum, ut poſſeſſa utamur ad eum uſum, ad quem res quæque parata eſt. Poſtremum, ut utentes, ſic denique eum fructum, qui ex re quæritur, percipiamus. Quem quidem præſtari præcipuum locationis munus & ſummum eſt. Sed tamen eiuſmodi, ut apparet, ad quod niſi prioribus duabus præſtationibus præcedentibus tanquam quibuſdam gradibus perveniri non poteſt. Sunt igitur conſtituta tria hæc ad præſtationem in obligatione locatoris, qua de re fruenda agitur; rei locatæ poſſeſſio; uſus, ad quem res parata eſt; & fructus, quicumque ex re poteſt percipi.

IV. Inprimis rei poſſeſſio. Unde actio conductori ex conducto, ſi forte ei poſſeſſio, aut totius agri, aut partis non præſtatur, *d. L. ex conducto*, in pr. *loc.* Neque intereſt, qua vi prohibente in poſſeſſionem rei locatæ is non veniat, aut ea poſſeſſione pellatur: utrumne locatoris opera, aut qua alia vi externa, occupato puta fundo a prædone, vel ab hoſtibus, aut evicto, publicatove, aut ædibus incendio vel ruina ſublatis, *d. L.* 9. in pr. *d L. ſi fundus*, 33. *L. & hæc diſtinctio*, 35. *loc.* Tantum hic de poſſeſſionis verbo moneri oportet, poſſeſſionem hoc loco accipi debere eam, quæ perſonæ conductoris conveniat, nempe poſſeſſionem naturalem, ſeu detentionem; non veram poſſeſſionem, quæ ſolius eius eſt, qui animo domini poſſidet. §. *idem placet*, *Inſt. per quas perſ. nob. acquir.* Quo ſenſu, cum hic animus abſit a colono & inquilino, & generaliter ab omni conductore, ideo recte dicuntur nec vivo, nec mortuo ullam poſſeſſionem habere. *L. non ſolum*, 31. §. 1. in fin. *D. de uſurp. & uſuc.*

V. Nihil agit poſſeſſio ſeu detentio rei locatæ ad fruendum, niſi accedat uſus talis, ad quem res quæque parata eſt. Quinimmo huius ipſius uſus cauſa poſſeſſio rei locatæ quæritur, dum id agitur, ut per poſſeſſionem re uti, per uſum re frui liceat, nam uſus fruendi pars eſt. *L. per ſervum*, §. 1. *D. de uſ. & hab.* Hunc ergo uſum & locator conductori præſtare debet. Quod cum dicimus, hoc dicimus omnia conductori eſſe præſtanda, ſine quibus ad iſtum modum re conducta uti non poteſt. Ni præſtentur, locatorem eo nomine teneri. Quibus de cauſſis etiam ſæpe licet conductori deſerere conductionem. Ea qualia ſint, propoſitis exemplis ædium, fundi, doliorum locatorum intelligi poteſt. De quibus ideo in hoc genere illa, quæ ſequuntur, ad hunc uſum pertinentia reſponſa apud veteres legimus.

VI. Ædes ad inhabitandum paratæ ſunt, ut his uti liceat adverſus iniuriam tempeſtatum, & furum, & ad res privatas domi gerendas. His corruptis & perfluentibus, aut apertis ad eas res uti non poſſumus. Quare locator reficere, & integras præſtare conductori debet. Ni facit, ex conducto tenetur. *L. ex conducto*, 15. in pr. *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Eſt tamen aliquod incommodum habitationis & refectionis, cuius partem habitatores ſuſtinere debeant. Si ſit videlicet refectio neceſſaria, & præcipuus uſus eorum non impediatur. *L. habitatores*, 27. *L. quod ſi ſeq. D. loc.* Idem placet eadem de cauſſa, ſi oſtia, feneſtraſve nimium corruptas non reſtituat. *L. ſi merces*, 25. §. *ſi vicino*, in fin. *D. eod.* Et ad eum uſum, quem dixi, lumine ædibus opus eſt, quantum ſatis ſit ad uſus diurni moderationem. Inde etiam placuit, ſi lumina ædium obſcurentur, quanvis vicino eoque extero ædificante, ſimiliter teneri locatorem, quaſi uſu ædium non præſtito, quem oportet. Hoc in *d. L. ſi merces*, §. *ſi vicino*. Sed & ibidem ſcriptum eſt, nullam dubitationem eſſe, quin his de cauſſis liceat colono vel inquilino relinquere conductionem.

VII. In prædiis ruſticis utimur prato aut ſaltu paſcuo ad paſcendum. Neque vero id licet, ſi ibi mala herba naſcitur, qua depaſta pecora moriantur, aut deteriora fiant. Ideo placet ſi in his eiuſmodi aliqua herba erit, & quid eorum contigerit quæ dixi, eo nomine locatorem teneri. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *D. eod.* Fundo utimur ad fructum inde percipiendum. Proinde & ad colendum, & ad ea omnia facienda, ſine quibus fructus naſci, aut natus percipi non poteſt. Quas ad res omnes opus eſt inſtrumento. Quare & fundo locato placuit, quæ inſtrumenti eſſent, ea locatorem colono præſtare debere, ac niſi præſtet, ex locato teneri, ut eſt in

d. L.

d. L. ſed addes, §. *illud*, *D. locat.* ex locato, id eſt ex cauſſa locationis: non autem actione ex locato, quæ locatori competit, ſed actione ex conducto, quæ ſola conductori datur ad ea, quæ ei præſtanda ſunt, perſequenda. *d. L. ex conducto*, *D. eod.* Atque hinc quæſitum, quæ ſoleat, & debeat locator inſtrumenti nomine præſtare. Locus expoſitus in *d. L. ſed addes*, §. *illud*.

VIII. Dolio & vaſe ad humorem capiendum, & ſervandum utimur. Quam ad rem idoneum non eſt, ſi eſt vitioſum. Ideo his locatis pertinet ad hunc uſum, iſta integra nec vitioſa tradere. Hac de cauſſa niſi id fit, placet locatorem eo nomine teneri. *d. L. ſed addes*, §. 1. Quæ omnia ex definitione apparet ad eum uſum, quem hic quærimus, referri.

IX. Uſum ſequitur fructus, qui ex re percipitur, quem & ipſum conductori præſtari volumus. *L. exceptio*, *C. de loc.* Adeo autem huius perceptio conductori præſtanda eſt, adeoque ut id fiat, ad ius & cauſſam locationis pertinet: ut placeat fundo locato, ſi quo anno ſterilitas contigerit, quanvis caſu ſine culpa locatoris; quocumque caſu id contigerit, tamen eſſe hic, quod locator conductori præſtare debeat; nempe ſaltem mercedis [1] remiſſionem & exonerationem. *L. ex conducto*, 15. §. 1. *D. eod.* Sed his conditionibus duabus: una, ſi ſterilitas fuerit, ut nulli perciperentur fructus ſupra quantitatem ſeminis: non etiam ſi exiguitas fructuum dumtaxat. *d. L. ex conducto*, §. *cum quidam de fructuum*, §. [2] *ubicumque*. Altera, ſi in unum tantum annum fuerit locatio, in quem ſterilitas incidit; aut in plures quidem annos puta quinquennium, ſed ita, ut nulla maior ſolito ubertas aliorum annorum fuerit. Nam ſi quo anno alio contigit ubertas, placet etiam pro eo anno, qui ſterilis fuit integram penſionem exigi poſſe, quanvis forte ob ſterilitatem ante remiſſa eſſet a locatore: ut ſic unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo penſetur. *d. L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *L. ſi merces*, 25. §. *vis maior*, *D. loc.* Summam huius iuris breviter & commode comprehenſam legere eſt in *L.* 3 *licet. C. eod.* Non idem placuit in partiario colono. Ut enim is conductor non eſt, ſed ſocius: ita & ſocietatis iure damnum & lucrum cum domino fundi partitur. *d. L. ſi merces*, §. *vis maior*. *D. eod.*

X. Ut autem fructus rei locatæ conductori præſtandus eſt; ſic fructus omnis, qui ex re percipi poteſt. Fructus, ut alias docuimus in uſufructu, duplex eſt, naturalis, & civilis. Naturalis, qui ex corpore rei naſcitur, ut ex agris ſegetes, ſata; poma ex arboribus. Civilis, qui iure percipitur: quo in numero ſunt mercedes & penſiones rerum locatarum, quæ aliunde quam ex re, iure tamen percipiuntur, quia actione. Diſtinctio tradita in *L. ſi navis*, 62. in pr. *D. de rei vind.* Utrumque hoc, inquam, genus, conductori tribuitur in re locata. De priore iam dixi. Non minus ad eum pertinet & poſterius. Quod ſi eſt, etiam conductoris illa eſſe oportet, propter quæ id fructus genus percipitur. Id autem eſt, rem conductam [4] alii locare licere, unde mercedem locationis ſecundæ percipias. Quod & placuit. Hinc natum illud, neminem prohiberi rem, quam conduxit fruendam, alii locare, ſi nihil aliud convenit, idque eſſe in iure conductoris: ut ſi dominus ſecundum conductorem prohibeat uti frui, primo conductori eadem ſit actio, quæ illi foret, ſi ipſe prohiberetur. *L. nemo*, *C. de loc.* *L.* 7. *L.* 8. *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc.* Quod ſi conductori hoc tribuimus, quia ad eum fructus rei locatæ pertinet, & hic fructus rei eſt alii locare licere: etiam hoc illi tribui intelligendum eſt, alii rem utendam aut fruendam gratis concedere. Nam & hic rei fructus eſt, re alii conceſſa, beneficii debitorem acquirere. *L. ſi pignore*, 54. §. 1. *D. de furt.* Et certe eadem hæc o-

muis

1) De qua exoneratione ex cauſſa ſterilitatis vid. Pinel. *ad L.* 2. *Cod. de reſc. vend. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 21. *& ſeqq.* Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 54. Menoch. 2. *Arb. Cap.* 76. *& ſeq.* Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 18. Goth. *in not. L.* 8. *Cod. hoc tit.* Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib. n.* 21. *& ſeqq.* Covar. *pract. QQ. Cap.* 30. Greg. Lopez. *Animadv. Cap.* 16. fuſiſſime Hier. Pantſchmen. *Lib.* 1. *Q.* 1. qui poſt 8. diverſas ſententias relatas & examinatas, tandem *n.* 32. iudicis arbitrio id relinquit, & *Q.* 2. ac 3. tractat quomodo probanda ſit ſterilitas, item quatenus penſio remittatur, &c.

2) Ubi Hot. 4. *Obſ.* 21 negatione adiecta legit *non pertinere*, quam & quoſdam libros habere teſtatur Pantſchman. *Lib.* 1 *Q.* 1. *n.* 6. Sed non neceſſe eſt ita legere. Nam affirmantis lectionis idem ſenſus quem exigit Hotomannus, ſcilicet ipſum quidem ſemen amiſſum non poſſe repeti a domino, nec id quod intereſt ratione impendiorum, ſed tantum ea cauſſa remittendam eſſe mercedem, ut vox *ſupra* referatur ad verbum *declaratur*, ſupra videlicet in §. 2. verſ. *ſed etſi labes*.

3) Ubi Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. pro *ut* reponit *aut* volens duplicem ibi tradi exceptionem. (1) Niſi contra convenerit. (2) niſi mos ſit regionis, ut etiam citra conventionem caſus fortuitos recipiat conductor. Male, quia & obſiſtit parentheſis, cui incluſa verba, *ut mos*, *&c.* nec facile conſuetudo iſtiuſmodi ſuſtentaretur, ceu irrationabilis, per *L.* 28. *C. hoc tit.*

4) Æque tamen idoneo & ad eundem uſum, arg. *L.* 13. §. *ult. de Uſuf. L.* 7. *de Uſu & hab.* Tenetur autem ſecundus conductor primo actione perſonali, non autem domino primo locatori, tametſi & res ipſius pro penſione obligatæ ſint, Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 11. *& ſeq.*

Digitized by Google

mnis poteſtas locandæ aliis aut gratis concedendæ rei uſufructuario tribuitur. *L. arboribus*, 12. §. *uſufructuarius*, *D. de uſufruct.* Qui tamen nihil amplius habet quam hunc ipſum uſumfructum, quem conductoris eſſe volumus.

XI. Et hæc quidem præſtanda ſunt conductori, ac niſi præſtentur, tenetur, ut diximus locator eo nomine ex conducto. Sed hic non conſiſtimus. Sciendum eſt ex his cauſſis locatorem non ſemper teneri uno modo. Tenetur autem bifariam; alias ad exonerationem ſolam mercedis; alias in id omne quod conductoris intereſt.

XII. Inter quas præſtationes cum multum interſit, etiam hoc ſupereſt ad explendam huius partis obligationem, ut utra harum præſtationum locum habeat, videamus. De quo ſtatuendum eſt ex caſu, aut locatoris culpa. Multum enim refert, utra ex his cauſſis fiat, ut conductor rem poſſidere, re commode uti, fructum ex ea percipere prohibeatur.

XIII. Si prohibetur caſu ſine culpa locatoris; quemadmodum alias receptum eſt, ne caſus fortuiti ullo iudicio a debitore præſtentur: *L. contractus*, *D. de reg. iur.* ita in hac re accidit, ut quicumque huiuſmodi caſus eſt, quo ſuperiora non præſtentur conductori, hunc caſum locator non præſtet. *L. in iudicio*, *C. de loc.* Id eſt non ita eo nomine teneatur, ut ſi quid ex ea deſtitutione damni eſt conductori, id præſtet. Cæterum quia non eſt æquum, certe non ex natura locationis & conductionis pro uſu mercedem præſtari, ubi hic uſus conductori non præſtatur: hoc illi ſaltem relinquitur, ut exoneretur præſtatione mercedis: quæ exoneratio duorum alterum continet, aut ut remittatur ei penſio, ſi hanc nondum ſolvit; aut ſi prærogavit, ut ei reddatur pro rata temporis, quo fruitus non eſt. *L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*; *L. ſi fundus* 33. *D. loc.*

XIV. Caſum vocamus præcipue vim omnem externam, cui obſiſtere locator non poteſt, qua fit, ut aliquid eorum, quæ ſupra diximus, non præſtetur conductori; ut ſi incendio conſumptæ ſint ædes, ſi fundus chaſmate perierit, ſi idem publicatus, aut ab hoſte vel prædonibus vi occupatus fuerit eiecto colono. *d. L.* 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. *L. ſi merces*, 25. §. *vis maior*, *L. ſi fundus*, 33. *loc.* Sed & hic [5] caſui annumerandum eſt, ut ſit ſuperiori tantum remiſſioni locus, ſi dominus demolitus quidem ſit ædes, ut reficeret; ſed coactus, ut id faceret propter inſulæ vetuſtatem. *L. & hæc diſtinctio*, 35. *L. habitatores*, 27. *D. eod.*

XV. Hic tamen ex omnibus caſibus duo excipiuntur. Evictio rei locatæ, & doliis locatis, damnum ex eo vitio contingens. Nam ſi quis domum bona fide emptam, vel fundum locaverit, eaque ſint evicta quanvis [6] ſine dolo malo, culpave eius. Placet *nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei præſtetur, frui quod conduxit, licere*, ut totidem verbis ſcriptum eſt in *L.* 9. in pr. *D. loc.* quo ſignificatur niſi id præſtetur, agi in id quod intereſt, ut ſit in omnibus faciendi obligationibus. *L.* 1. *D. de act. empt. L. ſi quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Sed & hoc de ſupra ſcripta ſpecie ſatis ſignificatur in §. 1. *eiuſdem L.* 9. ubi per diſſimilitudinem in ſpecie ſubiecta dicitur quidem teneri locator, ex conducto, ut prius: ſed hoc diſſimiliter, quod teneatur tantum ad hoc, ut præſtet penſionem pro eo tempore, quo fruitus fuit. Sed & doliis vitioſis locatis, ſi quod infuſum erat, propter vitium dolii amiſſum ſit: placet locatorem eo nomine teneri in id quod conductoris intereſt, quanvis ignorans locaverit, nec in eo ulla culpa ſit, quod vitium ignorarit, ut qui forte immiſſa aqua explorarit bonitatem dolii, cuius tamen vitium latens interim ſe non exeruerit. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *D. loc.* Quorum tamen de utroque cum iuſta ſit dubitatio, hanc, ut liceat, ut ſe locus dat, breviter eximamus.

XVI. Et de fundo evicto controverſiam facit exemplum fundi publicati. De quo in *d. L. ſi fundus*. 33. *D. eod.* ita ſcriptum eſt, conductorem eius ſolum temporis, quo fruitus non eſt, mercedem non debere, non etiam ei præſtari, quanti eius interfuit frui. Quid ergo intereſt, dixerit aliquis, ad culpam locatoris, utrum locatus fundus evictus ſit, an ſit publicatus: cum crimen locatoris, eoque & maxima culpa eius publicationi cauſſam dederit? Et differentiæ ratio eſt. Quod qui fundum ſimpliciter locat, locat ut ſuum, ac talem eſſe dicere intelligitur. Quod quia dicit, præſtare talem debet, ac niſi præſtet,

5) Vid. Cuiac. 8. *ad Afr.* in *L.* 35. *h. t.* Pac. 5. Q. 16. De denunciatione caſus quando fieri debeat domino locatori, per *L.* 3. §. 7. *h. tit.* Teſſaur. *Deciſ.* 108. Pantſchman, *Lib.* 1. Q. 4.

6) Vulgo tamen diſtinguitur, an a ſciente res aliena locata ſit, ubi omne quod intereſt præſtetur, an ab ignorante, ubi ſola exoneratio mercedis per *L.* 35. *pr. h. tit.* Unde A. Fab. 2. *Conject.* 5. ibidem verba, *per fraudem* ceu irreptitia expungit, notatus a Vinc. Cabot. 1. *Diſp.* 26. quem vide.

ſtet, tenetur in id quod intereſt. Alioqui decipit conductorem *L.* 9. §. 1. in fin. *D. locat. arg. L. Iulianus*, 13. §. *quod autem, D. de act. empt.* Iam vero talem fundum præſtat locator is, cuius is fundus publicatus eſt. Ideo enim publicatur, quia eius fuit; cum non alia publicentur, quam damnati bona. *L.* 1. *L. ult. D. de bon. damnat.* At non item hoc præſtat is cuius fundus evictus eſt. Ideo enim evincitur, quia fuit alienus, aut alii obligatus, quod & ipſum alienationis ſpeciem habet. *L. ult. C. de reb. al. non al.* Hanc autem iſtius iuris rationem fuiſſe veteribus, ex eo intelligere poſſumus, quod ſi quis locaverit rem alienam nominatim ut alienam pro eo tantum iure, quod in re habuit, finito iure, & ob id re conductori evicta, locator, aut heres eius non teneatur, ut præſtet in reliquum tempus conductori frui licere, eoque nec ſi id non præſtet, teneatur eo nomine in id quod conductoris intereſt. Quod de fructuario, qui ut fructuarius fundum locaverat in quinquennium, & ſtatim deceſſit, reſponſum eſt continenter in *d. L.* 9. §. 1. *D. locat.* Vitabit tamen periculum evictionis, etiam ille, qui domum ut ſuam locaverat, quæ poſtea evicta eſt, ſi ſuam putans, puta bona fide emptam, locavit, & paratus ſit aliam habitationem non minus commodam præſtare. *d. L.* 9. in princ. De dolio vitioſo movet ſimiliter quæſtionem exemplum ſaltus paſcui, in quo mala herba naſcitur. Hunc ſi quis locaverit, præſtat quidem id quod intereſt, ſi ſcivit. Sed ſi ignoravit, non placet amplius exigi ab eo, quam ut penſionem remittat. *d. L. ſed addes*, §. 1. Quæritur igitur, cum utrobique ſit ignorantia, cur, ſi pariter culpa eſt in locatore, non pariter is obligetur in id quod intereſt: ſi non eſt, cur non pariter teneatur ſolum ad mercedis remiſſionem. Scio dici poſſe, ignorantiam iſtam non pariter in his æſtimari, propterea quod qui ſaltum locavit, potuerit iuſte ignorare in eo ſaltu malam herbam eſſe, cum non ſit cuiuſvis noxias herbas a bonis diſcernere. Qui autem vitioſa dolia locavit, potuerit vitium explorare & ſine damno, aqua immiſſa. At ego de eo loquor, qui hoc ipſum explorans cognoſcere primo non potuerit. Dicamus igitur hic quoque idem, quod modo in fundo evicto, quodque ſupra in vaſis vitioſi venditione diximus, eum qui vaſa vitioſa ignorans locavit, nihilominus teneri eo nomine in id quod intereſt, quia dolium locans, hoc ipſo quod dolium dixit, pro [7] integro locavit, ſeu vi ipſa integrum dixit; quia non eſt dolium, niſi vas, nec vas, niſi inſtrumentum ad capiendum humorem paratum. Quidquid autem in emptione aut locatione emptor locatorve dixerunt, id præſtare eos oportet. *d. L. Iulianus*, 13. §. *quod autem, D. de act. em. d. L.* 9. §. 1. in fi. *D. loc.*

XVII. Quod si culpa locatoris aliquid non præſtabitur eorum, quæ ſupra diximus, dum per eum frui non licet: tum is tenetur conductori non ad remiſſionem tantum mercedis, ſed in id omne, quod conductoris intereſt re conducta frui licere. *L. nos videamus. L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque, L. ſi fundus*, 33. *D. locat.* In quo ut in cæteris cauſſis & damni quod ex ea re contigit, & lucri, quod conductor facere potuit, ratio habebitur, *d. L. ſi fundus*, 33. in fin. *D. loc.* Damni exempla hæc ſunt. Locatum eſt dolium vitioſum, deinde vinum effluxit. Locatus ſaltus paſcuus, in quo mala herba naſcebatur, cum ſciret locator, qua ex re pecora demortua ſint, aut deteriora facta. Hæc damna locator præſtabit. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *loc.* Item qui fundum conduxerat in quinquennium, ſumptus fecit in fundum quaſi quinquennio fruiturus. Culpa locatoris ſi eiicitur, hos ſumptus recipiet a locatore. *L. ſi quis domum*, 9. §. 1. in fin. *locat.* Lucri quod conductor facere potuiſſet, exempla hæc. Qui conduxerat inſulam quinquaginta: eam Titio ſexaginta locavit. Si Titius ſecundus conductor a domino prohibitus fuerit habitare, conſequetur medius a domino, quanti ſua intereſt, in quo & eius quanto amplius locavit, ratio habebitur. *L. ſi tibi*, 7. *L. nos videamus*, 8. *L. qui inſulam.* 30. in pr. *loc.* Item colonus qui conduxit in quinquennium, ſi ei frui non licet, ita totius quinquennii nomine recte aget, ut quantum per ſingulos annos compendii facturus erat, conſequatur. *L. ſi in lege*, 34. §. *colonus, D. eod.*

XVIII. Culpa locatoris ſic æſtimanda eſt. Aut enim agitur de vitiis rei locatæ, aut de præſtatione eorum, quæ a locatore ut faciat, exigi diximus. In vitiis rei locatæ culpa locatoris eſt, ſi non ignoravit, & non admonuit conductorem. Atque hinc obligatio, & adverſus eum actio in id quod conductoris intereſt. *L. ſed addes*, 19. §. 1. *L. ſi fundus*, 33. *D. loc.*

7) Ut probat aperte *L.* 6. §. 4. *de Act. empt.*

loc. In præſtatione autem rerum, culpa locatoris eſſe exiſtimatur, ſive per eum fiat, quominus conductor frui poſſit, ſive per alium, quem locator poſſit prohibere, *d. L. ſi in lege*, 34. *§. colonus*, *d. L. ſi fundus*, 33. *loc.* Verumtamen hoc ſic accipiendum eſt, niſi ſi quando liceat locatori rem locatam ad ſe revocare, & eius uſum conductori adimere. Quod iuſtis quibuſdam de cauſſis locatori conceſſum eſt. Quibus poſitis, ſequitur, ut qui rem ademerit conductori, aut re immobili eum expulerit, penſionem quidem exigere non poſſit pro uſu, quem non præſtat: at non teneatur in id quod intereſt conductoris eo nomine. Nulla enim culpa eſt id facere, quod iure tuo facias. *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. in pr. *L. ad leg. Aquil.* Iuſtæ cauſſæ rem avocandi conductori hæ ſunt: ſi conductor penſionem ſuo tempore non ſolvat: ſi in re conducta non recte verſetur: ſi dnminus domum conductam ſibi neceſſariam eſſe doceat: ſi ædes ob vetuſtatem demoliri & reficere cogatur. *L.* 3. *C. de loc. & cond. L. ſi merces*, 25. *§. conductor*, *L. quæro*, 54. *§.* 1. *L. & hæc diſtinctio*, 35. *D. loc.* Quorum pars etiam poſtea in obligatione conductoris amplius attingenda eſt.

XIX. Sed hæc omnis actio ex conducto, quam conductori damus aut ad remiſſionem mercedis, aut in id quod eius intereſt re conducta frui licere, actio in perſonam eſt, quæ adverſus locatorem ſolum datur, & de ſuperioribus tantum rebus: non autem de re locata retinenda, aut perſequenda. Quid ergo, ſi inquilinus malit ædes perſequi aut retinere, colonus fundum conductum: an aliqua via eſt, qua id conſequatur? Nulla neque ad perſequendam rem, neque ad retinendam. Expulſus inquilinus aut colonus ab extero, rem ei auferre nulla actione poteſt. Non enim poteſt rem vindicare, qui non eſt dominus. *L. in rem*, *D. de rei vind.* locatio autem dominium non mutat. *L. non ſolet*, 39. *D. loc.* Sed nec ei interdictum unde vi competit, quo reſtituatur in poſſeſſionem. Non enim deiectus eſt, qui prius non poſſedit. *L. ult. D. unde vi.* Solus dominus eo facto videtur deiectus. Cui etiam ob eam cauſſam interdictum cnmpetit. *L. colonus*, *L. cum fundum*, *D. unde vi.* Sed nec retentionem ullam habet conductor etiam adverſus locatorem, qui eum pellat ædibus aut fundo. Tantumque ei pulſo actio eſt in id quod intereſt, aut ad pœnam, ſi qua eo nomine cauta eſt. *L. quæro*, 54. *§. ult. D. loc.* Id quod ſi in domino recte dicitur, multo magis in emptore, qui ædes aut fundum locatum, conſtante locatione, emit a domino, idem probandum eſt. Hic enim præter quam quod traditione dominus effectus eſt, hoc habet etiam amplius, quod cum cnnductore nihil contraxit. Recte igitur dictum eſt in *L.* [8] *emptorem*, *C. de loc. & cond.* emptorem fundi non eſſe neceſſe ſtare colono, cui prius locavit.

XX. Sed adiicitur ibidem exceptio, niſi [9] ea lege emit, ut ſi probetur aliquo pacto conſenſiſſe, ut in eadem conductione maneat, bonæ fidei iudicio ei quod placuit, parere cogatur. Verumtamen hæc exceptio ſic accipienda eſt, ut ſi emptor cnntra conventionem colonum expulerit, teneatur quidem eo nomine: non tamen eo uſque prohibeatur iure colonum expellere, ſi colonus velit poſſeſſinnem retinere, aut ut poſſit colonus habere actionem adverſus emptorem, cum quo nihil contraxit, quantumvis contra conventionem fecerit: ſed ut ſi eiectus colonus agere cœperit adverſus priorem dominum eumdemque locatorem ſuum ex conducto in id quod ſua intereſt, poſſit locator id quod conductori præſtiterit, aut præſtare debeat, conſequi ab emptore actione ex vendito, quia emptor fecerit contra legem venditionis. *L. ſi merces*, 25. *§.* 1. *D. eod.*

8) Emptor non tenetur ſtare colono. Unde vulgatum *Kauff gehet vor miethe*, vid. Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 9. Covar. 2. *Reſol.* 15. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 57. *n.* 13. Cacheran. *Deciſ.* 82. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 47. Moller. 4. *Semeſtr.* 14. Forſt. 1. *de Succeſſ.* 45. *n.* 30. *& ſeq.* rationem reddens (1) quia obligatio perſonalis non ſequitur ſingularem ſucceſſorem *L.* 1. *§.* 16. *ad Trebel.* (2) Soluto iure dantis ſolvitur ius accipientis *L.* 31. *de pig.* Idem eſt in fructuario *L.* 59. *§.* 1. *de Uſuf.* & legatario *L.* 120. *§. ult. de Leg.* 1 Io. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *Cap.* 5. *ſub fin.* Heres autem iure civili ex locatione defuncti obligatur *L.* 19. *§.* 8. *D L.* 10. *C. hoc tit.* Secus eſſe iure Saxonico per Landr. *Lib.* 3. *Art* 77. Beuſt. *ad L.* 7. 8. *&* 9. *pr. de iurei. n.* 14. Schneidvin. *in §. ult. I. hoc tit. n.* 2. Sed ius Saxonicum a civili non diſcrepare aliis communius viſum eſt, quod & adprobavit D. Auguſtus Sax. Elector *Nov. ſua* 37. *P.* 2. vid. Reuſner. *Lib.* 1. *Deciſ.* 14.

9) Exceptiones alias habet Forſter. *d. C.* 45. *n.* 32. *& ſeqq.* (1) in locatione fundi dotalis a marito, per *L.* 7. *§.* 1. *L.* 25. *§. ult. ſol. matr.* quæ hoc vix ſatis probat, & communis opinio adverſatur. Covar. 2. *Reſol.* 15. *n.* 5. (2) in locatione tutoris arg. *L.* 8. *de adm. tut.* Sed hic non eſt vera ſucceſſio. Tutor enim domini loco & perinde eſt ac ſi pupillus ipſe locaſſet. (3) In locatione ad longum tempus, vid. *Cap. praecd. N.* 12. (4) Si colono omnia bona obligaverit locator, ita & Beuſtr. *d. loc. n.* 14. Vaſq. 3 *Contr. uſu freq.* 57. *n.* 13. itemque ſi locatio facta cum hypotheca rei locatæ, Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 9. Tirsq. *de Retr. conven. §.* 3. *Gl. un. n.* 4. Covar. *d. C.* 15. *n.* 3. Aliud vero in creditore miſſo in poſſeſſion. ex ſecundo decreto Catell. Cotta. *in Memoral.* v. *Succeſſor ſingularis.* (5 Fundo a fiſco locato vendito *L. ult. de I. fiſci* item in fundo Eccleſiæ. Quod tamen negat Fachin. 11. *Contr* 21. Colonum quoque partiarium non poſſe ab emptore expelli donec fructus collegerit, tradit Zoan. *Rer. Quotid. C.* 42.

D. eod. L. Iulianus, 13. §. *pen. D. de act. empt.* Cæterum emptorem etiam contra ſuperiorem conventionem, quæ cum ipſo interpoſita non eſt, poſſe conductorem eiicere, ex eo perſpicuum eſt, quod & locator ipſe poteſt, qui non aliter tenetur conductori, quam in id quod eius intereſt, aut ad pœnam, ſi qua eſt eo nomine promiſſa, *d. L. quæro*, §. 1. *D. locat.* Sed & eius rei certiſſimum argumentum hoc eſt, quod ſi dominum volentem ingredi colonus vi prohibuerit, exiſtimatur eum vi deieciſſe; unde & interdictum unde vi domino competit. *d. L. colonus, d. L. eum fundum, D. unde vi*. Quod ſane dici non poſſet, ſi colonus ullo iure adverſus dominum ſibi poſſeſſionem rei locatæ defendere potuiſſet. Alioqui enim adverſus vim, quæ a domino inſerretur, iuſte ſe tueretur colonus, nec ſi per vim poſſeſſionem ſuam retineret, vi poſſidere videretur, aut teneretur interdicto. Vim enim vi repellere licere omnes leges, omniaque iura permittunt. *L.* 1. §. *vim vi*, & §. *ſeq. D. unde vi, L. ſcientiam*, §. *qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.*

XXI. Et hæc hactenus de priore parte obligationis locatoris, in qua de re fruenda agitur. Altera pars pertinebat ad indemnitatem locationis: quam & ipſam conductori præſtare oportet, quod eius ex bona fide fieri æquum eſt. Hæc præſtatio ita eſt, ut ſunt ea damna, quæ propter locationem incidunt.

XXII. Ea ſunt partim in re locata, partim extra rem. In re locata hæc; ſi res locata furto ablata ſit, aut fructus pendentes a fure exciſi. Quodcumque in his damnum eſt, conductoris damnum eſt. Huius enim periculo eſt res furto ſublata, tanquam quæ amiſſa ſit eius culpa. § *item ſi fullo, Inſt. de obl. quæ ex dol. naſ. L. cum in plures*, 60. §. *veſtimenta, D. loc.* Et quidem huius damnum ita, ut non habeat ullam actionem, qua rem a fure perſequatur. Nam cum eius a fure perſequendæ cauſſa principales actiones tantum ſint duæ, vindicatio, & condictio furtiva: §. *ult. Inſt. de obl. quæ ex dol. naſc.* neutra harum niſi domino competit. *L. in rem, D. de rei vindic. L. actionum, D. de obl. & act. L.* 1. *D. de cond. furt.* Conductor autem dominus non eſt, cum, ut ante diximus, locatio dominium non mutet. *L. non ſolet*, 39. *D. loc.* Idem accidit & in fructibus fundi pendentibus, quos fur deſecuit, & ſuſtulit. Nam cum hi eſſe deberent conductoris locationis iure, plane ei perierint, ſi ius hos fructus vel vindicandi vel condicendi ex illo æſtimamus. Ipſe enim, quanvis inſpiciente eo fructus a fure ſublati ſint, tamen fructuum dominus non eſt, ſed locator, idemque dominus fundi: quia fructus non iure ſeminis, ſed iure ſoli percipiuntur, ut qui fundi dominus eſt, idem ſit & dominus fructuum *L. qui ſcit.* in prin. & §. 1. *D. de uſur.* Iam autem dixi ſuperiores actiones non competere niſi domino. At locator, ſi quidem dominus eſt, has actiones habet, quas & ſine damno ſuo cedere poteſt conductori ut rem amiſſam & fructus ſublatos a fure conſequatur. Quare & hoc ex bona fide eſt, ut eas actiones ei cedat. Quod & eum facere debere placuit. *d. L. cum in plures*, 60. §. *veſtimenta*, & §. *meſſem, D. loc.*

XXIII. Extra rem conductam quæ ſunt damna propter locationem, aut ſunt a re conducta, aut aliunde quidem, ſed tamen per occaſionem locationis. A [10] re conducta quæ damna ſunt, ſi quidem contigerunt ex ea cauſſa, propter quam conductori re frui non licet, hæc conductori a locatore præſtanda ſunt ne conductor per iniuriam locatoris damno afficiatur. Utputa, ex dolio vitioſo vinum effluxit: fundo locato pecora ſunt demortua ob malam herbam ſaltus paſcui. Præſtabuntur hæc damna ſecundum eam diſtinctionem, quam ſupra poſui inter iſtas ſpecies, ex *L. ſed addes*, 19. §. 1. *D. loc.* Sin damna aliam cauſſam habent quam quæ uſum rei impediant, ea quamvis a re locata contingentia, a locatore qui ignoravit, non præſtantur; non dico ita ut non teneatur eo nomine in id, quod conductoris intereſt; ſed ut ne teneatur quidem ad remiſſionem mercedis. Veluti, ſi hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, & is furtum tibi fecerit, cum neſcirem eſſe furem; quaſi extra cauſſam conductionis ſit furti crimen, hoc in *L. ſi domum*, 45. §. 1. *D. loc.* Ideo autem eſt extra cauſſam locationis, quia hoc furtum, atque adeo vitium, non facit, quominus ſervo ad quotidianas operas uti poſſis, ad quos ille habetur. Hic autem uſus maxime locatione petitur. Quod ſi hæc damna quanvis a re locata ſint; tamen non præſtantur conductori, quaſi ad cauſſam conductionis non pertinentia: perſpicuum eſt, multo minus ea debere præſtari, quæ extrinſecus, non a re conducta acciderunt; quanvis in re con-

10) De damnis vitio rei conductæ contingentibus Lopez. *Animadv.* C. 16. *n.* 8. late Pantſchman. *Lib.* 1. Q. 5.

Digitized by Google

conducta. Hinc placet, dominum horreorum effractis & compilatis horreis non teneri, niſi cuſtodiam eorum receperit. *L. dominus*, 55. in prin. *L. cum in plures*, 60. §. *ultim. D. loc. L* .1. *Cod. eod.* Tale eſt etiam, quod placet, ſi domum tibi locavero, & ſervi tibi damnum dederint, vel ſurtum ſecerint, non teneri me tibi ex conducto, ſed tanquam extraneum quemlibet dominum noxali actione. *d. L. ſi dominum* in princip. *D. loc.*

XXIV. Quæ damna extra rem locatam contingentia, non ex re locata, ſed per occaſionem locationis conductori eveniunt, tria ſunt, quæ & ipſa conductori amoveri oportet; mercedis non debitæ prærogatio; rerum locatarum finita locatione detentio; impenſæ utiles in rem locatam factæ. Mercedem prærogatam, si quidem conductori re conducta frui non licuit, ſemper locator ei reſtituere debet pro eo tempore; quo fruitus non eſt, in omnibus iis partibus, quas eſſe diximus fruendi. *L. ſed addes*, 19. §. *ſi quis*, *cum L. ſi fundus*, 33. *D. loc.* At quo iure? conducti, quia conductor propter locationem contractam id damnum paſſus eſt, qui ideo prærogavit, quod ſperaret perſeveraturam conductionem.

XXV. Rerum in ædes aut ſundum illatarum detentio pugnat cum ea iſtarum rerum elatione, quam finita locatione liberam & indemnem eſſe oportet, ut utraque pars ſoluta obligatione integram rem ſuam recipiat. Ideo & hæc elatio recte ex conducto exigitur a locatore, ut quod per occaſionem locationis damnum hic inducitur, id locator efferri sinendo emendet. Ut puta; arcam, aut abacum, aliamve ſupellectilem paulo laxiorem induxit conductor in ædes locatas. Dominus deinde aditum ædium coanguſtavit ita, ut iam per eum non it exitus rebus illatis. Placet eum aperire debere aditum, ut ſit ſpatii ſatis ad res illatas tollendas, idque ſuo ſumptu, ſive ſcierit inſerri, ſive ignoraverit. *L. ſed addes*, 19. §. *ſi inquilinus*, *D. loc.* Neque id tantum ad res ædificio non cohærentes pertinet, ſed etiam ad eas, quas conductor adiecit ædibus. Ut, ſi oſtium, feneſtras, vel alia quædam ad commoditatem cœnaculi adiecerit: placet ei competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat: dummodo hoc caſu damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem cauſſam ædium ſaciat, ſed priſtinam ſaciem ædibus reddat; ne ſcilicet hæc elatio noceat locatori. *d. L. ſed addes*. §. *ſi inquilinus oſtium*.

XXVI. Ad extremum etiam impenſæ in rem locatam a conductore factæ, damnum eiuſmodi eſt, quod per cauſſam locationis eveniat. Si quidem eas impenſas ſacere cogitur conductor pro ea diligentia & cura, quam bona fides in re curanda ei imponit, de quo paulo poſt in conductoris perſona dicetur. Pertinet igitur, ad eamdem indemnitatem, quam hic quærimus, ut ſi conductor in re conducta aliquid neceſſario vel utiliter auxerit, ædificaverit, ſi quid etiam inſtituerit, veluti in fundo vineas, cum de eo nihil conveniſſet, ultro actionem habeat ex conducto ad ea recipienda, quæ impendit: quando id totum ad utilitatem locatoris refertur. *L.* [11] *dominus*, 55. §. 1. *L. pen.* in pr. *D. locat.* Actio hic non negotiorum geſtorum; ſed ex conducto; quia etſi hic negotium locatoris geſtum eſt; non tamen geſtum eſt voluntate libera conductoris, ſed officio illo locationis cogente, quod modo commemoravi. Non eſt autem negotiorum geſtorum actio in eo, quod quis gerere neceſſe habuit *L.* 6. §. *ceterum*, *D. com. divid.* Atque hæc de locatore, qui rem fruendam locavit.

11) Vid. Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 20. Valaſc. *Iur. emphyt.* Q. 26. & omnino Menoch. *de Arb. Caſ.* 115.

C A P. VIII.

De conductore, qui rem conduxit, quid is locatori eius rei viciſſim præſtare debeat iudicii poteſtate.

Tria a conductore præſtanda locatori. I.
1. *Cuſtodia rei diligentiſſima; & quare: & in quibus illa rebus conſiſtat*. II.
2. *Merces conductæ rei, niſi deſeruit conductam rem iuſta de cauſa*. III.
3. *Reſtitutio rei, & eius acceſſionum finita locatione, modo res exſtet*. IV.

Si res perierit, aut facta deterior: intereſt, utrum caſu, vel culpa: & quæ utriuſque cauſſæ vis & effectus. V.

Qui non reſtituit, cum debet, & poteſt, damnatur quantum iuratum in litem. Secus quando culpa tantum res periit. VI.

Quid reſtituere debeat conductor rei æſtimatæ. VII.

Quid pignoris creditor. VIII.

I. QUæ in hoc genere locationis conductor contra locatori præſtare debeat iure & poteſtate locationis ſine alia conventione, tria hæc ſunt; Curam adhiberi rei locatæ ſervandæ, recteque habendæ; Mercedes & penſiones ſuis quaſque temporibus recte ſolvere; Rem locatam, & quod inde exſtabit, finita locatione locatori reſtituere. Principio quamdiu conſtat locatio, curare rem locatam conductor debet, ut bonum virum & bonum patremfamilias decet. Hoc bona fides, & contractus natura exigit.

II. Hæc cura duabus in rebus verſatur, quas antea quoque in venditore indicavimus; in re ſervanda; tum in ea recte habenda. Pertinet quidem ſcio, hic locus maxime ad illum communem, in quo quæritur de dolo, culpa, caſu fortuito in omni contractu præſtandis: de quo conſtitui in liberationibus dicere. Incurrit enim in eam partem, in qua traditur interitu, aut deterioratione rei debitæ debitorem liberari. Siquidem caſu, ſemper: ſi dolo, nunquam: ſi culpa, varie de eo ſtatui pro genere tum contractus, tum culpæ. Sed tamen ne quid hic conductor præſtare debeat, maxime autem ne qualia ſint ea, quæ a veteribus diligenter de hac parte in hoc genere contractus tradita ſunt, penitus ignoretur, paucis agam, & quid ſuperiores ſpecies contineant, indicabo. Ergo ſervandæ rei cura cuſtodia eſt, quam in hoc genere ab eo qui mercedem accipit, deberi conſtat. *L. in iudicio, C. de loc. & cond.* Res poſita in eo, non ſolum ut ne facto ſuo rei locatæ noceat: ſed etiam ut omni diligentia adhibita provideat, ne aliunde res aut pereat, aut deterior fiat. Factum quidem ſuum omne præſtat conductor in re locata citra controverſiam, ut factum ſuum aut damnum a ſe datum non dico iis actionibus, quæ futuræ eſſent, etſi locata res non eſſet; ſed actione ex locato, quia hæc admittendo contra fidem huic contractui debitam faciat. *L. ſi locatum*, 42. *L. ſi vulneraverit, ſeq. L. ſi merces*, 25. *§. culpæ, D. loc.* Sed non minus & diligentiam hic contractus a conductore exigit, & quidem [1] diligentiſſimi hominis diligentiam, non qualem ipſe, ſi ſit alioqui negligentior, rebus ſuis adhibere conſuevit. Idque pro perpetuo iure, quod ſervatur in iis contractibus in quibus utriuſque ex contrahentibus utilitas verſatur, *§. pen. Inſt. de loca. & cond. d. L. ſi merces, § pen. D. eod. L. contractus, D. de reg. iur.* Quæ res facit, ut quidquid humana diligentia provideri potuit, ne res perderetur, aut deterior fieret, ſi proviſum non eſt, & res periit, aut deterior facta eſt, huius [2] culpæ & negligentiæ periculum conductor præſtet. *L. qui mercedem*, 40. *D. loc.* Exemplo eſt res furto ablata: quam placet conductori amitti, etſi fures ſæpe non incautos fallant. Quippe furtum

1) Non tamen exactiſſimam, ſed exactam ac mediam diligentiam requiri, leviemque culpam præſtari vult. P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. pag.* 135. *& ſeq.* & in *d. L.* 25. § pen. *diligentiſſimus* accipit pro diligenti. M. Anton. Delrio *ad d. L.* 23. *C* 11. *p.* 198. *& p.* 203. *& ſeq.* ubi ſpecialem caſum eſſe, in *d. §. pen.* tradit eiuſque rationem exponit, & Vult. 1. *Diſc.* 15.

2) An incendium a conductore præſtetur vid. Gail. 2. *Obſ.* 21 Menoch *Arb. Ca.* 390. *n.* 10 *& ſeq.* Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Dsp. civil. p.* 141. *& ſeqq.* Fach. 1. *Contr.* 87. Ioan. Lubler. *Tr. de incend. Cap* 2. *n.* 62. *& ſeqq.* Andr. Rauchb *P* 2. *Quæſt* 10 *& Cap.* 4. *n* 53. *& ſeqq. & Cap.* 5. *n.* 18. *uſque ad n.* 53. Alex. Raudenſ. *Deciſ. Piſana* 6.

Digitized by Google

tum diligenti cuſtodia adhibita vitari poteſt. *L. cum in plures*, 60. §. *veſtimenta*, *D. loc.* §. *item ſi fullo*, *Inſtit. de oblig. quæ ex del. L. cum duobus*, §. *damna. D. pro ſoc.*

III. Mercedem præterea conductor debet,[4] etiam ſi timoris cauſſa habitationem puta aut fundi culturam deſeruit, ſi cauſſa timoris iuſta non fuit: & omnino ſi ſine [3] iuſta & probabili cauſſa deſeruit rem conductam, nihilominus mercedem debebit. *L. habitatores*, 27. §. *ult. L. dominus*, 55. §. *ult. D. loc.* Neque hanc ſolum, ſed & in id quod locatoris intereſt poterit conveniri, *d. L. dominus*, 55. §. *ult. L. item*, 13. §. *exercitu. D. loc.* De mercedibus autem ita tenetur, ut ante tempus deſerta habitatione aut fundo, nihilominus ſtatim eo nomine cum eo agi poſſit. *L. ſi in lege*, 24. §. *ſi domus*, *D. loc.* & ſi forte in plures annos diviſis penſionibus domus vel fundus locatus ſit, ad ſolvendas totius temporis penſiones recte cum eo agatur, *d. L. dominus*, §. *ult. eod.*

IV. Reliquum eſt in obligatione conductoris, ut finita locatione rem conductam [4] reſtituat locatori, §. *pen. Inſt. de loc. & cond. L. ſi cui*, 48. §. 1. *D. loc.* Dicemus & quod inde extabit, reſtituendum, ut fit in uſufructu, cum is finitus eſt. *L.* 1. *D. uſuf. quem. cav.* Neque id ſolum, ſed & quæ rei locatæ acceſſerunt, quæ pars ſunt locationis, ut ſunt in ædibus ſcamna, aut ſuppellex, ſi qua permiſſa eſt conductori; in fundo inſtrumentum. Et certe hæc obligatio ex modo temporis locationi præfiniti ſatis intelligitur. Nam quæ res ad certum tempus fruenda locatur, apparet eam poſt id tempus non locari, itaque id agi, ut reſtituatur. Et quidem ſi res extat, & extat talis, qualis data eſt, nihil dubii eſt, quin omni modo reſtitui debeat.

V. At quid si perierit? quid si exſtans deterior facta sit? Iam dixi, si caſu factum sit, conductorem non teneri: si culpa, quæcumque hæc culpa erit, sive in faciendo, sive in negligendo, nihilominus [5] teneri traditum in §. *exercitu*, & §. *ſeq. L. qui inſulam*, 30. §. 1. §. *qui mulas*, *D. eod. L. contractus. D. de reg. iur.* Idque eſt in hac re, quod a veteribus dictum eſt, culpam perpetuare obligationem. Ubi ſcilicet qui ante culpam obligatus erat ad rem integram reſtituendam, poſt admiſſam culpam, quicumque caſus ingruerit; tam tenetur perpetuo, quam si res extaret. *L. ſi ſervum*, 91. §. *ſequitur*, *L. ſi ex legati*, 23. *L. nemo*, 82. §. 1. *D. de verb. obl.*

VI. Quid si conductor rem non reſtituit, quibus in cauſſis eum teneri ad reſtituendum diximus? Et ſcriptum eſt in *L. ſi cui*, 48. §. 1. *D. loc.* eum qui ſervum conductum, vel aliam rem non reſtituit, quantum in litem iuratum fuerit, damnari. Sed hoc de eo dictum intelligendum eſt, qui non reſtituit cum poſſet, aut pro eo haberetur, ac si poſſet: id eſt qui aut rem tenet, & habet rei reſtituendæ facultatem, aut dolo deſiit poſſidere. Huic enim iuriiurando ſolum locus eſt, cum dolus aut contumacia non reſtituentis punitur. *L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* Dolus in eo eſt, qui dolo fecit, quominus rem haberet: contumacia in eo, qui rem cum haberet, reſtituere iuſſus iudici non paret. Quarum utraque de cauſſa admittitur ſuperius iusiurandum. *L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.* Quod ſi culpa tantum conductoris res aut periit, aut deperdita eſt, aut deterior facta, non alia erit æſtimatio, quam ut quanti res eſt, ſeu quanti intereſt agentis, æſtimetur, *d. L.* 2. §. 1. *de in lit. iur. d. L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.*

VII. Neque hæc aliter de rei locatæ reſtitutione & reſtituendæ æſtimatione ſervantur, quandiu res vere locata eſt. Quod fit, cum in locatione res æſtimatæ non dantur. Quod ſi cum fundus locatur, æſtimatum inſtrumentum colonus accipiat, placet id agi videri, ut inſtrumentum emptum habeat colonus; ſicut fieret, cum quid æſtimatum in dotem datur. *L.* 3. *D. loc.* Quæ res facit, ut inſtrumenti dominus effectus, non inſtrumentum ſed pretium debeat, & inſtrumentum illi ut domino pereat. *L. quoties*, *C. de iur. dot. L. unica*, §. *cumque*, in fin. *C. de rei ux. act.*

VIII. Cæteris in rebus non æſtimatis datis ita rem locatam reſtituere debet conductor, ut nihil debeat amplius, ac ne ea qui-

3) Aliud igitur ſi ex iuſta cauſſa belli, peſtis, ſimilive. Pantſchman. *Lib.* 1. *Quæſt.* 13. *n.* 23. Mozz. *de Locat. Cap. de Accidentalib. n* 5. *&* 6. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 30. *n.* 3. Unde & ſi quis ædes conduxerit animo recipiendi advenas vel ſtudioſos in academias, exorto deinde bello, vel contagione aeris, remitti mercedem debere, Menoch. *Arb. Caſ.* 440. modo eo animo ac propoſito domum conductam appareat, quod iudex ex re definiet. Quid ſi ædes nocturnis phantaſmatis & illuſionibus infeſtentur, vid. Covar. 4. *Reſol.* 6.

4) Ut propria auctoritate expelli poſſit, vid. Coler. *de Proc. exſec. P.* 1. *C.* 2. *n* 204 *& ſeq.* Quando autem finito tempore tacita videatur reconductio facta, vid. *L.* 13. §. *ultim. n.* 1. Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 15. *& ſeq.* Menoch. 3. *Præſumpt.* 85. Pantſchman *Lib.* 1. *Q.* 18. *n.* 37.

5) Cui vero probandum caſu rem, culpave perditam, Gomez. *d. C.* 3. *n.* 22.

quidem, quæ per occaſionem rei locatæ aliunde conſecutus eſt. Utputa, qui rem conduxit, non cogitur reſtituere id, quod rei nomine furti actione conſecutus eſt. *L. 6. D. loc.* Nam & furtum eius periculo eſt, & id agitur, ut conductor re fruatur. Quod nihil aliud eſt, quam id agi, ut conductor omni commodo & lucro quod ex re ſit, potiatur. Quod aliter ſervatur in pignore, ſi, eo ſurrepto, creditor a fure pœnam furti ſit conſecutus. Nam & hanc reſtituere debet creditor pigneraticia actione, quia non id agitur, ut pignoris fructus ad creditorem pertineat. *L. ſi pignore, D. de pignor. act.* Notandum in hac tota obligatione conductoris ſi inquilinus eſt, duas obligationes ab eo ſuſcipi. Nam & tenetur ipſe, quo nomine actio eſt adverſus eum in perſonam ex locato, & obligantur pignori res eius. Quæ & quatenus cognoſcendum in pignoribus. Huc tamen pertinent ex titulis locati, *L. ſi in lege, 24. § 1. L. qui fideiuſſor, 53. D. loc.* & *L. certi, 5. C. eod.*

C A P. IX.

In locatione operarum, factorumve, quæ obligatio locatoris & conductoris: quæ mutuæ inter eos præſtationes, & actiones. Opus averſione locatum quid ſit: Quæ actio oneris averſi.

Locator operarum niſi eas præſtet, in id quod intereſt, tenetur locatori. I.

Conductor item num mercedem, quam non præſtitit, debeat nihilominus: intereſt, an caſu id factum ſit, an per eum ſteterit, quominus præſtaretur. II.

Si caſu, merces non debetur. III.

Sed tamen a conductore locatæ rei præſtatur, ſi qua eius culpa caſus accidit. Quæ id genus culpæ. Singularum exempla. IV.

Curam locatæ rei & ad rem ipſam, & ad iura rei pertinere; & in illa culpam præſtari, non caſum a conductore. V.

Cura recte habendæ rei quid in colono poſtulet, aut inquilino; & quæ pœna utriuſque ſi eam neglexerint. VI.

Obligatio conductoris locatæ rei præcipua præſtatio mercedis; & quæ illius pœna niſi iſta præſtetur. VII.

Merces integre ſolvenda locatione finita, aut temporibus locationis lege præſtitutis, nec prærogatur illa niſi convenerit, & quid inde. VIII.

Ut mercedem non debeat qui locatæ rei fructum non cepit, intereſt an caſu, an culpa minime ceberit; & quæ utriuſque vis & effectus. IX.

Leges locationis rerum atque operarum eædem fere; ſed tamen in operarum locatione factorum & perſonarum appellatio diverſa, & quatenus. X.

Quid notatu dignum in mercede pro vectura a muliere ſolvenda, quæ in navi partum ediderit. XI.

Faciendi operis conductor & rem reſtituere, & culpam omnem præſtare tenetur: & quæ in hanc rem prodita actio. XII.

Pro conditione tamen operis faciundi alia interdum atque alia conductoris obligatio. Duæ eiuſmodi ſpecies; & quæ. XIII. & ſeq.

De opere per averſionem locato. XIV.

I. ET hæc quidem dicta ſunt de locatione & conductione rerum quæ aliis fruendæ dantur, ut ædium, fundi, iumenti, veſtimenti. Sed & hæc eadem ſunt in operarum locatione, ut ſi quis ſcriptor locet alicui ad ſcribendum operas, ſi operarii ad opus ruri faciendum, fabri ad inſulam ædificandam. Qui operas ſuas locavit, eas præſtare debet, tanquam rem & corpus fruendum daret, quod locaſſet. Si non præſtet, non tantum merces illi non debetur pro rata eius temporis, quo non edidit operas; ſed etiam tenetur locatori in id [1] quod eius intereſt ope-

1) Non autem præciſe, quia hæc faciendi eſt obligatio. Multa itaque peccat P. Buſius *ad L. 3. de ſta. hom.* operas perpetuas per omnem vitam locari poſſe ſcribens, ita tamen ut ſi gravior impedimenti ratio, præſtatione eius quod intereſt famulus liberetur. Sed tunc id ad minimam ſummam redigi, arg. *L. ult. de prae. ſtip.* quia hæc res, ecu odioſa, reſtringenda. Vitia hic tria. (1) In ſententia quæ falſa arg. *L. 5. §. 5. & ſeq. Quar. rer. act. non det.* (2) Quod tunc demum præciſa præſtandi neceſſitate liberat operariom, ſi grave impedimentum, cum tamen generatim omnem facti obligationem præſtatio eius quod intereſt diſſolvat. (3) Quod male applicat *d. L. ult.* quæ dicit ad exiguam ſummam deduci fere quod intereſt, propter inopinatam probationem.

operam illi ſuo tempore recte præſtitam fuiſſe. Quæ omnium faciendi obligationum lex eſt communis, cum factum non eſt, quod fieri debuit. *L. ſi quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Idque in locatione certius intelligitur exemplo venditionis: in qua ſi res vendita, ea ſcilicet, quæ ex eo contractu præſtari debuit, non præſtetur, id eſt tradatur, in id quod intereſt agitur. *L.* 1. in pr. *D. de act. emt.* Sit ergo ius idem & in locatione operæ, ſi quæ præſtari debuit, ex conventione, non præſtetur: ſiquidem locatio & conductio iiſdem regulis conſiſtit quibus emptio & venditio, *L.* 2. *D. loc.*

II. Viciſſim qui operas conduxit, mercedem debet pro opera. Et quidem ſemper ſine hæſitatione, ſi opera præſtita ſit ſecundum legem conductionis. Quod ſi præſtita non erit, & quæretur, utrum nihilominus merces debeatur, nec ne: hic eadem diſtinctione utemur, qua in rebus locatis: ut interſit, caſune factum ſit, quominus locator præberet operam, an vero per conductorem ſteterit, quominus ipſe opera uteretur.

III. Si caſus obſtitit, quanvis nulla ſit culpa in locatore, merces ei non debebitur. Multoque minus ſi per eum ſtetit, quominus operam præſtaret. Quod reſcriptum eſt in eo nauta, cui cum vehendum aliquid dediſſemus, navem caſu amiſit. Quem ideo placuit mercedem etiam prærogatam reddere debere, quia munere vehendi functus non eſſet. §. *damna*, *D. pro ſoc.*

IV. Hac de cauſſa etiam caſum fortuitum, ſeu vim eam, cui obſiſti non poteſt, præſtat conductor in periculo rei locatæ, ſi qua culpa eius huic caſui cauſſam dederit. Cuiuſmodi culpæ ſunt, imperitia conductoris; huius [a] inimicitiæ; factum ab eo contra conventionem; tempeſtiva denuntiatio interdum ab eo aut defenſio prætermiſſa; inductio hoſpitum aut cuſtodum non idoneorum. Imperitia, veluti ſi quid operis vitio deperierit, ſed quod contigerit imperitia facientis, nam & imperitia culpæ annumeratur. *L. ſi quis domum*, 9. § *Celſus*, *D. loc.* Quod quamobrem dicatur, ratio reddita eſt in *L. item*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Inimicitiæ; ſi propter inimicitias conductoris alius arbores locati fundi exciderit: ubi hoc ipſum culpa eſt, quod conductor exercet inimicitias. *L. ſi merces*, 25. §. *culpæ*, *D. loc.* Factum contra conventionem; veluti, ſi in locatione convenerit, ne conductor aliquo in loco ignem haberet, & habuit, ac deinde per huius occaſionem fortuitus caſus admiſit incendium. Aut ſi convenit, ne in villa urbana fœnum componeretur, & compoſuit, deinde aliquis igne illato ſuccendit. *L. videamus*, 11. & §. *ult. D. locat.* aut ſi cum mulæ ad certum pondus oneris locatæ eſſent, eas conductor maiori onere ruperit, vel alius, quem conductor prohibere poterit. *L. qui inſulam*, 30. §. *qui mulas D. loc.* Denuntiatio omiſſa; veluti, ſi exercitu veniente, migravit conductor, & cum in tempore denuntiare poſſet domino, ut ei periculo ſi videretur, proſpiceret, non denuntiavit, & migravit tamen: deinde re vacua relicta infenſi milites de hoſpitio feneſtras & cætera ſuſtulerunt. Idem eſt, ſi reſiſtere conductor potuit & non reſtitit. *L. item quæritur*, 13. §. *exercitu*, *D. locat.* Inductio hoſpitum aut cuſtodum non idoneorum; veluti ſi induxit in domum, aut fundum locatum vel ſuos vel hoſpites, in quibus inducendis culpam admiſit, cum dubios eorum mores noſſe poſſet, & hi quid ſuſtulerunt, aut damni dederunt. *L. videamus*, 11. in pr. *D. loc.* Nam alioqui damnum ab alio datum a nemine præſtatur. *L. ſed de damno*, 41. *D. eod.* In eadem cauſſa eſt, dum parum idoneum cuſtodem adhibuit, & dum is cuſtodit negligentius, damnum ab alio datum eſt. *d. L. ſed de damno*, in fin.

V. Pertinet autem hæc cura atque obligatio conductoris non ad rem locatam tantum, ſed & ad iura rei locatæ. *Proſpicere*, inquit Ulpianus, *debet conductor, ne in aliquo vel ius rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur*. L. videamus, 11. §. *item*. *D. loc.* Finge ſervitutem fundo deberi: conductorem monitum non uti, atque ita non utendo ſervitutem interire. Etiam hoc damnum præſtabit. Sed curam, inquam, tantum rei ſervandæ præſtare debet conductor, quam ſi adhibuit, & caſu fortuito aliquid in re contigit, eo nomine non tenetur. Et generaliter ſi quibus in contractibus utriuſque utilitas verſatur, in his culpa omnis præſtanda eſt: caſus fortuiti neque in his, neque alio ullo iudicio præſtantur. Diſtinctio generalis tradita in *L. ſi ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. commod. L. contractus*, *D. de reg. iur.* translata ad conductionem, & uſurpata multis locis, ut *L. in iudicio*, *C. de loc. & cond. L. item*,

13.

a) Quia etſi forte non cauſſam dederit inimicitiis, hæc tamen culpa illius, quod non dat operam ut componantur, Donell. noſter *ad L. 6. C. de pig. act.* n. 30.

13. §. *exercitu*, §. *ſi quis menſuras*, *L. ſi merces*, 25. §. *culpæ*, *L. qui inſulam*, 30. §. 1. §. *qui mulas*, *D. eod.* §. *pen. Inſtit. eod.* Hæc ita, niſi quid aliud de culpa aut caſu convenerit. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L. item*, 13. §. *ſi gemma*, *D. locat.*

VI. Non ſolum curam ſervandæ rei impendere conductor debet ex fide bona: ſed & rei recte habendæ; ideſt curare ut in re locata recte verſetur. *L.* 3. *C. eod.* Quod ſic interpretandum eſt, prout rei cuiuſque natura, & commoditas exigit. Ad hanc curam hæc pertinent. In colono quidem, non ſolum ut faciat omnia ſecundum legem conductionis, ſed ut & ſine conventione opera ruſtica rei colendæ neceſſaria faciat, & ea ſuo quæque tempore, non alieno; tum villarum curam agat, quo eas incorruptas habeat. *L. ſi merces*, 25. §. *conductor*, *D. loc.* §. *conductor*, *Inſt. eod.* In inquilino autem, ut ædibus honeſtis honeſte utatur, ut ad certos uſus paratas non ad alios transferat. Contra quæ facit exempligratia, qui in ædes locatas inducit meretrices, cum quibus turpiter vivat; qui in his exercet luſus turpes, ut aleatorios; qui ex honeſta domo cauponam facit. Hoc enim eſt in ædibus male verſari, quod in *d. L.* 3. *C. eod.* fieri prohibetur. Adverſus quæ hæc pœna eſt, non ſolum ut teneatur conductor eo nomine in id quod locatoris intereſt, ſed etiam ut poſſit [3] expelli fundo & ædibus impune. *L. quæro*, 54. §. 1. *D. loc. d. L.* 3. *C. eod.* In re locata non progreditur periculum & onus conductoris ultra eam curam, quam diximus. Et ideo ſi quis vehiculum conduxit, onus portorii, quod pro ſola reda exigitur, ad redarium pertinet, ſi non ignoravit futurum, ut per eum locum tranſiretur, ubi debebatur portorium. *L. cum in plures*, 60. §. *pen. D. loc.*

VII. Extra rem locatam hæc præcipua conductoris obligatio eſt, pro uſu rei ſolvat [4] mercedes & penſiones, de quibus in locatione convenit. Pars ita propria huius obligationis, ut quanvis convenerit inter locatorem & conductorem, ne intra tempora locationis conductor de fundo invitus repelleretur; tamen hoc ita conveniſſe, & ſervandum eſſe intelligatur, ſi is penſionibus paruerit; ni fecerit, poſſit & ſine metu ſuperioris conventionis expelli, quæ non ſolutæ penſionis etiam pœna eſt. *d. L. quæro*, 54. §. 1. *D. loc. L.* 3. *C. eod.*

VIII. Debentur autem mercedes non ſtatim ab initio locationis, ſed tunc cum [5] fruitus fuerit conductor per tempus conſtitutum, aut ſuis quæque temporibus, quæ his particulatim ſolvendis præfinita ſunt lege locationis. Prærogari autem merces non debet, niſi aliud convenerit. Sed & cum convenit, ſi id actum eſt, ut ea pecunia in refectionem rei locatæ impenderetur: placet non aliter eam deberi, quam ſi is, qui accipit, ſatis det in eam refectionem pecuniam impenſum iri. *L. inſulam*, 58. §. *ult. D. loc.* Et ſiquidem re fruitus eſt conductor, ſemper mercedem debet in omne tempus locationis, uſque adeo, ut etiam eius domus, quæ vitium feciſſet, & quam deſerere licebat, placet eum mercedem debere, ſi domus habitatione æque uſus fuiſſet. *L. quod ſi domi*, 28. in pr. *D. loc.*

IX. Quod ſi fruitus non eſt, intererit, caſu prohibitus ſit, quominus uteretur, an ſua voluntate, quia a re diſceſſerit. Si caſu, mercedem non debet, quocumque caſu prohibitus fuerit. Non tamen ut in omne tempus locationis mercedis præſtatione liberetur, ſed ut eam non debeat ſolum pro rata eius temporis, quo fruitus non fuit: pro antecedente autem tempore debeat. *L. ſi quis domum*, 9. §. 1. *L. ex conducto*, 15. §. *ubicumque*. *L. qui inſulam*, 30. §. 1. *L. ſi fundus*, 33. *D. loc.* Sin conductor deſeruit ultro habitationem; ſi quidem timoris cauſſa emigra-

3) De iuſtis expellendi cauſſis, vid. Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 6. Valaſc. *Iur. Emph. Q.* 21. *& ſeq.* Menoch. *Arb. Caſ.* 78 *& ſeq.*

4) Niſi remittenda ſit, vid. *Cap. præced. N.* 1. Non autem augetur merces etſi tanti cœli benignitas ut plus altero tanto fructuum, quam ſolebat, colonus perciperet, ut contra Accurſium, Fulgoſium per *L.* 25. §. 6. *h. t.* ibi: cui immodicum lucrum non auſertur, Cuiac. 26. *Obſ.* 33.

5) Moz. *de Locat. Col.* 3. *de Subſtantialib. n.* 23. Renat. Coppin. *Lib.* 2. *de Privil. ruſt. P.* 1. *Cap.* 8. Gomez. 2. *Reſol.* 3. *n.* 13. Spectandum hic primo quid convenerit. Si nihil convenit, quid mos regionis poſtulet. Si nec de eo appareat, in fine anni ſolvenda merces, quia nec ante contractum locator ex ſua parte implevit, arg. *L.* 13. §. 8 *de Act. empt.* Cuiac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *Qui pot. in pig.* & Vult. *in pr. I. h. t. n.* 27. olim mercedibus ſolvendis ſolemnes fuiſſe Cal. Iulias, per *d. L.* 9. item Martias, per *L.* 58. *de uſufr.* Timæ. Fab. 1. *Ann.* 12. diſtinguit inter locationes ædium & fundorum. In illis finito tempore, per *L.* 10. §. 6 *in fin. h. t.* ubi quæ medio tempore præſtita dicitur prærogata, id eſt, ante diem. Quia in iis non niſi lapſu anni fructus, in habitatione & uſu conſiſtens, perceptus dici poteſt; nec ante locatori actio quam conductori præſtiterit uſum, arg. *d. L.* 13. §. 8. In his quo tempore fructus percipitur ex paſcuis, vineis, arviſque etiam prius quam dies locationis exeat. Confirmat hanc diſtinctionem. (s) arg. *ex L.* 7. §. 9. *& ex* §. 2. *d. L.* 7. *Sol. matr.* 2. *per L.* 58. *pr. de uſufr.* 3. & maxime quia in ruſticis prædiis fructus pignori ſunt pro penſione. Cuius pignoris ut aliqua intelligatur utilitas, neceſſitatem præſtandæ mercedis referri oportet ad tempus, quo extant fructus, cum ſi conſumpti vel diſtracti ſint, nulla eorum aut difficilis ſit perſecutio.

gravit, & cauſſa fuit, cur timeret, ut quia conſtanti rumore exercitus hoſtium adventare diceretur; ſive periculum vere fuit, ſive non fuit, non debebit mercedem. Non eſſet hoc in *L. ex conducto*. 15. *§. item cum quædam*, *D. loc.* quod valet, quia operam vecturæ, quam hic præſtare debuerat, non præſtitiſſet. Quod ſi per conductorem, operæ, eumve cui ex locatione opera præſtari debuit, factum erit, quominus ei operæ præſtarentur, ut ſic vere dici poſſit per locatorem non ſtetiſſe, neque per caſum in re eius contingentem, quominus ipſe operas præberet: placet [6] locatorem totius temporis mercedem accipere debere. *L. qui operas*. *L. ſed addes*, *§. ult. D. loc.*

X. Idem prope per omnia ſervandum, cum aliquid faciendum locavimus; ut cum nautæ; vel aurigæ aliquid vehendum dedimus certa mercede conſtituta, magiſtro puerum inſtituendum, aurifici vas & anulum faciendum, fulloni veſtimenta polienda, ſartori veſtimenta ſarcienda. In quibus etſi opere inſpecto, qui dat dicitur locare, qui faciendum accipit, dicitur conducere: *L. item*, 12. §. 1. & deinceps §§. 6. & ſeqq. *D. loc.* in opera tamen præſtanda agnoſcere neceſſe eſt harum rerum appellationem immutari, ubi qui opus faciendum accipit, dat operam pro mercede: & qui faciendum dat, accipit operam, pro qua & mercedem præſtat. Ergo hi nobis operas debent. Quas proinde niſi præſtant eadem obligatio futura eſt, quam ſupra diximus, in id ſcilicet quod noſtra intereſt. Nos illis debemus [7] mercedem pro opera; plane iiſdem conditionibus: quibus in locatione operæ deberi diximus.

XI. Quo loco notandum eſt de iis, qui ſe vehendos navi locant; quoniam hic merces vecturæ in ſingula capita dicitur, quotquot perſonas quis induxerit in navem earum nomine mercedem deberi. Exceptam hic eſſe mulierem, quam quis vehendam navi conduxiſſet, cui deinde in navi infans natus fuiſſet. Hic enim placere pro infante nihil deberi; quia neque vectura eius magna ſit, neque his omnibus utatur, quæ ad navigantium uſum parantur. *L. ſed addes*, 19. *§. ſi quis mulierem*, *D. locat.*

XII. De rebus acceptis, in quibus conductores illi operam impendere debuerunt, ſequitur, ut teneantur eodem modo, ac ſi eas conduxiſſent. Ideo & de his rebus, quas eo nomine acceperunt, reſtituendis ſimiliter tenentur, ſive habent, ſive eas culpa aliqua ſua amiſerunt, *§. item fullo*, *Inſt. de obl. quæ ex del.* *L. cum in plures*, 60. *§. veſtimenta*, *D. loc.* Sed & ſi eas res læſerint, ſi quid in his damni dederint, si quid ſubtraxerint, eius omnis damni & furti nomine tenentur ex locato, ut teneretur qui conduxiſſet, a quo hæc eadem extitiſſent. Exempla in hanc rem complura legere eſt in *d. L. item*, 13. §. 1. & 6. §§. *ſeqq. D. locat.* Quo in genere si quid oneris vehendum datum sit vel nautæ vel aurigæ, & is inde quid averterit, id eſt ſubduxerit furto, prodita eſt actio eo nomine, quæ ex re dicta eſt veteribus Oneris aversi, de quo verbo paulo poſt. *L. in nave*, 31. *D. eod.*

XIII. Interdum tamen in hoc genere locationis conditio rerum quæ dantur, ut in his conductoris opera exerceatur, aliam obligationem conductoris & præſtationem inducit. In quo duæ ſunt ſpecies animadvertendæ, in quibus de periculo rei acceptæ, & de culpa conductoris exceptiones quædam ſunt ab eo iure quod de his ſupra poſuimus. Rerum locatarum (intellige in hoc genere, cum quid in his aut ex his aliquid faciendum datur) duo genera eſſe, ut aut idem redderetur, sicuti cum veſtimenta fulloni curanda locarentur: aut eiuſdem generis, veluti cum argentum fabro daretur, ut vaſa fierent; aut aurum, ut anuli. Ex ſuperiore cauſſa rem domini manere: ex poſteriore in creditum iri. Hinc quæ sit in his conductoris obligatio, & præſtatio, intelligitur. Quia enim ex priore cauſſa res data domini manet, ut fit cum res locantur; *L. non ſolet*, 39. *D. loc.* ideo in hac quoque ſpecie eadem illa obligatio conſiſtit, quam diximus, tum de rebus ipsis quæ accepta ſunt reſtituendis,

6) Quid ſi qui operas locavit, forte ad annum, certi artificii, aliquo tempore valetudine impeditus adverſa præſtare eas nequeat? Vulgo volunt eius temporis, quo operæ non exhibitæ, nihil mercedis deberi, refer. Vaud. 1. Q. 7. *&* reprobante, (1) Ne ad afflictionem corporis accedat afflictio rei familiaris (2) Per *L.* 4. §. 5. verſ. *ſed etſi de ſtatulib.* Facit *L. ul. §. pen. ad L. Rhod. de iac.* Denique per *d. L.* 19. *§. ult.*

7) Huius vero locationis proprium hoc eſſe ſentit, Rad. Forner. 4. *Rer. Quot.* 21. quod cum alias in contractibus mutuæ præſtationis, alter conveniri nequeat, niſi agens prior impleverit, hic tamen operis redemptor, ut Feſto vocatur (Horat. 2. *Epiſt* 1. & *in LL.* ut *ſupra* C. 6. *N.* 9.) etiam non prærogata mercede, cogatur opus perficere, contra locator, opere demum abſoluto, poſſit conveniri, per *L.* 80 §. *ad L. Falc.* Niſi in ſingulas operas merces conſtituta, quæ nondum perfecto opere, pro modo præſtitarum operarum poteſt exigi, arg. *L.* 30. *§. pen. h. t. L.* 42. *de V. O.* Ita Fornerius: quæ per *dd. LL.* parum probari videntur.

Digitized by Google

tum de omnibus detrimentis, quæ culpa conductoris contigerint, præſtandis. Ex poſteriore autem cauſſa, quia id agitur, ut ſicut in mutuo aliud eiuſdem generis & qualitatis reddatur; ideo in creditum itur, id eſt in genus [8] quoddam mutui, in quo & ſuſcipitur eadem obligatio. Hoc enim eſt creditum ire. *L. 1. §. 1. D. ſi cert. pet.* Quocirca & res ita datæ periculo ſunt accipientis, quocumque caſu perierint, ipſe autem de his ut ſuis poteſt pro arbitrio ſtatuere, & alias reddere, ubi actum eſt. Ea eſt conditio rerum alicui datarum, quæ pondere, numero menſurave conſtant, ſive mutuo datæ ſint, *§. item, is, Inſt. quib. mod. recontr. obl.* ſive in dotem datæ: *L. res in dotem, D. de iur. dot.* ſive datæ in hoc genere locationis, ſive depoſitæ. Ita ut neque clauſæ, neque obſignatæ, neque certo loco diviſæ darentur. Ex quo eſt reſponſum Alfeni de pluribus mercatoribus, qui frumenta ſua vehenda locaverant, eaque in navem Saufeii nautæ collatæ communi conſenſu confuderant, in *d. L. in nave, D. loc.*

XIV. Altera ſpecies eſt ex eodem genere, cum opus aliquod faciendum locatum eſt, & de periculo operis quæritur, ſi forte opus cœptum aut perfectum intercciderit prius, quam probaretur ab eo, qui faciendum locavit, idem qui & mercedem debet. In quo quæritur, utrius ſit periculum, locatoriſve, an vero artificis conductoris. De quo & traditum eſt, quod ſit proprium huius cauſſæ: quam ob cauſſam & peculiariter hic attingendum fuit. De eo hæc ſumma diſtinctio eſt, quæ ex variis locis de hac ſpecie parum expoſitis colligitur. Intereſt, utrum opus faciendum ita locatum ſit, ut in ſingulos dies opus efficeretur arbitrio domini, eiuſdemque locatoris, & in ſingulas eas ſingulorum dierum operas merces conſtitueretur; an vero opus averſione locatum ſit. Si ita locatum ſit opus, ut in ſingulas operas, ſeu in ſingulos dies mercede conſtituta opus arbitrio domini efficeretur, placet conductorem nihil præſtare domino de bonitate operis debere: ut quanvis opus vitioſum fecerit, quod & interciderit, tamen non poſſit cum eo ex locato agi, itaque periculum ſit locatoris: exſtat hæc pars diſtinctionis in lege. *ea lege, 51. §. ult.* in fin. *D. locat.* Habet autem hanc rationem, quod etsi interiit opus vitio operis, tamen quia id actum eſt, ut fieret arbitrio domini, id eſt prout ille præſcriberet, & imperaret: ſi quid hic vitii eſt, domino arbitranti, & imperanti imputari debet. Alia cauſſa eſt, ſi opus averſione locatum ſit, quibus verbis Florentinus utitur in *L. opus, 36. D. locat.* Averſione opus faciendum locatum interpretor, cum ita locatur, ut dominus velit totum opus fieri induſtria & arbitrio facientis, ſic tamen, ut facti bonitas poſtea ſibi approbetur. Appellatio inde, quod qui ita faciendum locat, nominatim [9] avertit a ſe periculum, quod ex vitio rei contigerit, donec approbetur. Atque hinc actio oneris averſi, cuius paulo ante meminimus; quæ nominatim in *L. in nave, 31. loc.* Hanc huius verbi ſignificationem eſſe colligimus ex *d. L. ea lege, 51. §. 1.* ubi opus illud quod averſione locari dicitur in *L. opus, eod.* ſic deſignatur, ut opponatur ei operi, quod ita locatur, ut in ſingulos dies, ſingulaſve operas arbitrio & auctoritate domini fieret. Ita in ſumma opus averſione locatum dicitur, cum ita faciendum locatum eſt, ut factum pro induſtria & arbitrio conductoris poſtea locatori adprobaretur. In ea ſpecie de periculo operis, quod periit ante approbatio-

8) Non tamen ideo abſolute mutuum fieri, cum operæ merces intercedat, ſed locationem manere, ex qua dominium tranſit contra communem locationis naturam, Cuiac. 7. *Ob.* 39. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 15 Nec quis putetur refragari *L.* 34 *de auro & arg. leg.* ne dum dicat cum Hot. 4. *Obſ.* 10. apertam ICtorum diſſenſionem ſine calumnia diſſimulari non poſſe. Nam ibi verba, *ita ut ex eo* convincunt nominatim actum fuiſſe, ut ex illo ipſo auro, quod aurifici datum, in ſpecie aliquid fieret, non ex alio eiuſdem bonitatis.

9) Aliter Cuiac. 8. *Obſ.* 15. Averſione dici conductam rem *d. L.* 36. *& L.* 5. *§. exercitorem* 15 *de exerc. act.* vel venditam *L.* 62. *§. ult. de contr. empt. L.* 4. *§. ul. de peric. & comm.* quæ Gr. ἐν ὁμάδι in univerſo, quod quaſi averſi ita locent aut vendant & *ad L.* 35. *§.* 5. *de contr. empt.* quæ confuſe & acervatim, pretio in ſimul dicto non in ſingulas res conſtituto, quomodo & Ræv. 2. *Var.* 7. ſcribens averſioni contrariam eſſe ſectionem itemque omnem eum auctio ſit, ſolere averſione aut ſectione vendi. A. Aug. 3. *Emend.* 6. *p.* 146. ſic: cum numerus, menſura, pondus aut quid aliud his ſimile dictum non eſt. Averſio ſic opponitur numero *L. ult. in fi. ad L. Rhod. de iact.* Per averſionem navis conducta *d. L.* 9. *§.* 25. Si ut tota, non ut in ſingulas amphoras, aut res importatas merces detur. Seu ut non ſingulorum dierum, aut menſium lucrum ſolvatur, ſed certa mercede conſtituta conductoris ſint fructus, domini navis merces. *ibid. p.* 148. ſic dictam quod emptor aut conductor periculum averiat a venditore aut locatore, non a ſe, ut noſter idque in ſe recipiat, tametſi verbis expreſſum non ſit. Aliter Govean. 2. *Var. Lect.* 14 Quoad cætera recte, opinor, Auguſtin. quoad nominis rationem rectius noſter. Averſione itaque opus locatum, quando una merces dicta exſolvenda opere conſummato, non vel in ſingulorum dierum operas vel in pedes menſuraſve. Ex. gr. Locata domus ædificanda. Si una merces dicta eſt pro integro ædificio perfecto præſtanda forte 100. aurei, averſione dicetur facta locatio. Secus ſi convenit vel dietim, vel in ſingulas ſeptimanas ut fere fieri ſolet, vel menſes operimus mercedem præſtari, itemque ſi certa in pedes menſuraſve merces dicta. Illo caſu periculum quodcumque etiam vis ionioris, caſuſve fatalis eſt eius qui exſtruendum recepit, ante perfectionem ædificii, perfectique acceptionem, ſeu approbationem. Hoc autem locatoris poſtea quam, ſi in pedes menſuraſve locatum fuerit, admenſum eſt. Antea autem artificis quatenus non admenſum, niſi locator in mora fuerit ne admetiatur *d. L.* 36.

tionem locatoris, ita placuit, ut ſi periit vitio operis, id eſt conductoris culpa, quia opus bene, & ex arte ædificatum non erat, periculum ſit conductoris, qui faciendum ſuſcepit. Quod ſi opus interciderit vi maiore, periculum ſit locatoris, niſi aliud actum ſit. Quæ diſtinctio & ſententia eſt, quam intelligere debemus ſtatui in *d. L. opus*, 36. *loc.* quod & recte Accurſius ſenſit. Congruit autem diſtinctio iis, quæ de culpa & caſu fortuito in locatione præſtandis ante diximus. Quippe vitium operis proficiſcitur ab imperitia artificis. Imperitia autem culpæ annumeratur. *L.* 9. §. *Celſus*, *D. loc.* Hæc qualiſcumque ſit etiam leviſſima in locatione & conductione præſtatur. §. *pen. Inſt. de loc. & cond. L. ſi merces*, 25. §. *pen. D. loc.* Caſus autem fortuiti nullo iudicio præſtantur. *L. contractus*, *D. de reg. iur.* Sed huic diſtinctioni locus eſt ante approbationem operis facti. Poſtquam autem ſemel opus a domino eodemque locatore probatum eſt, nihil deinceps conductor de periculo aut vitio rei domino præſtare debet. Nam ſi ratihabitio mandato comparatur; ut comparatur *L. ult. C. ad ſen. Mac.* opere approbato tam neceſſe eſt conductorem eo nomine non teneri, quam ſi opus domino arbitrante & mandante factum eſſet. Et ut bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum: *L. inter*, §. *abeſſe*, *D. mand.* ita recte dicetur bonum opus facere locator, qui factum & probatum admiſit.

C A P. X.

Mandati obligationem duarum rerum coniunctione contrahi, Mandato, & Mandati ſuſceptione. Mandatum quid ſit; Quibus tum verbis, tum factis declaretur. Quid a commendatione differat. Mandato ſuſcepto ſic exſiſtere ſolere contractum & obligationem mandati, ut hic duæ ſpecies excipiantur, ceſſio actionum interdum, & in univerſum mandatarii ſolius cauſſa mandatum interpoſitum.

Tranſitio & ratio ordinis. I.
Definitio mandati quædam refellitur, & exploditur ut imperita. II.
Contractus, ſeu obligatio mandati mandato conſtat, & ſuſceptione mandati: verbi ſignificatio atque etymon explicatur. III.
Mandatum declaratur aut verbis, aut re & ſilentio. IV.
Verbis quocumque conceptis; triplex ea ſignificandi modus & qui. V.
Re & ſilentio quomodo. VI.
Commendatio non eſt mandatum, niſi aliud acceſſerit, & quid illud. VII
Mandatum omne gratuitum, etiam illud, cui pecunia, velut honos acceſſerit, & quare. VIII.
Ad obligationem mandati ſuſceptio eiuſdem mandati neceſſaria; & quid inde conſequens. IX.
Interdum tamen nec mandato ſuſcepto contrahitur obligatio; duobus in cauſis. 1. *Si res ſit de actionum mandato.* X.
2. *Si ſolius mandatarii gratia fuerit interpoſitum mandatum.* XI.
Ratio, plenaque eius explicatio. XII. XIII.
Cur ſit inutile mandatum in quo convenerit ut ad alterum ex contrahentibus periculum dumtaxat, ad alterum omne commodum pertineat. XIV.
Interpretatio L. 6. §. plane *in fin.* D. mand. *Cuius & ratio illuſtrata.* XV.

I. HÆc de uſitatiſſimis & notiſſimis contractibus illis duobus, emptione, venditione, locatione, conductione. Sequuntur ex eodem genere minus frequentes duo, Mandatum, Societas. Liceat enim mihi in his explicandis iſtam diſpoſitionem ſequi quam & in Pandectis, & in Codice ſervatam videmus: ſive quod mandatum in uſu hominum frequentius eſt quam ſocietas propter exſequendi ſine damni metu facilitatem: ſive quod minus præſtationum continet. Quarum utraque de cauſſa fit, ut ſit notius, & idem explicatu facilius.

II. Mandatum, qui contractum, aut officium gratis ſuſceptum [1] definiunt, faciunt

1) P. Nicol. Mozz. *de Mandato C.* 1. *n.* 7. Officium ab eo qui gratuito ſuſcepit exhibendum. Recte hoc reprobat noſter. At non probandum, quod eos inſectatur, qui contractum definiunt. Sic Vult. *in pr. I. h. t. n.* 1. Contra-

ciunt admodum inconſiderate, ne dicam imperite. Mandatum enim, ut apparet, eſt ſolius mandantis factum, quod profecto per ſe ſolum obligationem non parit, eoque nec contractum continet. Poteſt enim quis quid alicui mandare, quod ille non ſuſcipiat; ac remoto duorum in idem conſenſu, non eſt contractus. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Multo minus mandatum eſſe dixerimus officium ſuſceptum. Quia poteſt mandatum intervenire, ut non ſit ſuſceptum. Deinde quia etiam ſi ſuſceptum ſit, tamen mandatum eſt in mandante, officium in eo, qui operam præbet. Quæ duo ſubiectis diſtincta nunquam eidem perſonæ attribui poſſunt. Nec ſi emptio, aut locatio, ideſt contractus pars in his pro toto contractu uſurpatur, ideo in mandato id licet facere. Nam emptio ſemper venditionem ſibi adiunctam habet, venditio emptionem, locatio conductionem, conductio locationem; quoniam neutrum ſine altero ne intelligi quidem poteſt, ut in emptione oſtendi. Mandatum autem nulla neceſſitate ſuſceptionem eius ſibi habet adiunctam, cum ut dixi, poſſit quis mandare, quod cui mandatur, non ſuſcipiat.

III. Sciamus igitur neque contractum, neque obligationem mandati ex ſolo mandato æſtimari debere aut definiri poſſe, ſed ex his rebus quæ iunctæ hunc contractum & obligationem efficiunt; atque ita dicamus, mandati obligationem (nam de hac contrahenda nunc agitur) duarum rerum coniunctione contrahi, mandato, & mandati ſuſceptione; ut qui has partes noverit, huius generis contractum noverit. De quibus iam diſtincte dicemus. Mandatum dictum a mandando. Eſt autem mandare, aliquid alicui gratis gerendum committere; veluti ſi committam tibi, ut negotia mea aut Titii geras; pro me fideiubeas; mihi aut Titio, vel mihi & Titio fundum emas, & ſi quæ ſunt exempla mandati eiuſmodi propoſita in *L.* 2. *D. mand.* & §. 1. *Inſt. eod.* Quam recte definiamus illo modo, & quibus rebus declaretur ſuperius factum, paucis indicemus. Mandare, inquimus, eſt committere quid alicui, ideſt iniungere, ac velut tradere alicui quod gerat. Hæc aperte vis ineſt in verbo mandandi. Compoſitum eſt enim ex manu & do; & per contractum dictum mando, quaſi quod [2] manu tradam tibi, ut geras.

IV. Id quocumque modo fiat, dum intelligatur, æque mandatum eſt, & pariter valet ad obligationem. Mandatur autem & committitur quid illo modo partim verbis, partim re & ſilentio noſtro.

V. Verba mandatum ſignificantia ſunt omnia, quibus [3] declaramus nos cupere, ut alius quid ſuſcipiat & gerat noſtra voluntate. Hæc plura eſſe, quam uſitata illa rogo, volo, mando, Paulus ſignificat dum quocumque alio verbo ſcriptum ſit mandati actionem eſſe ſcribit in *L.* 1. in pr. *D. eod.* Sed quæ ſint iſta alia, nobis quærendum relinquit. Et ſunt ſane multo plura, quam prima ſpecie quibuſvis occurrant. Eſt autem in his hæc varietas. Mandati verba quædam ſunt iubentis, quædam rogantis, quædam deſiderium tantum ut quid fiat, ſignificantis. Iubentis, ut eme mihi illum fundum: volo, iubeo, ut illud negotium perficias. Nam & qui iubet, mandat. *L. ſi quis mihi*, 25. §. 1. *D. de acq. her.* Rogantis; ut peto, rogo, mando, fidei tuæ committo, ut negotia mea geras, quæ indicantur in *d. L.* 1. *D. eod.* qualia etiam fuerunt fidei commiſſorum olim, quæ commemorantur in §. *ult. Inſt. de ſign. reb. per fid. rel.* Deſiderium tantum ſignificantis; ut ſpero fore, ut illa negotia bene geras: ſi illam cauſſam meo nomine egeris, mihi gratum facies. Exempla in *d. L. ſi quis mihi*, §. *ult. de acq. her.*

VI. Re & ſilentio mandare intelligimur, quoties quis inſtituit quid, tacitve noſtro nomine in rem noſtram, idque nobis præſentibus, & patimur. Veluti ſi quis pro

me

tractus ex conſenſu quo quis negotium expreſſe ſeu tacite in ſe ſuſcipit expediendum gratuito. Gœdd. *de Contr. ſtip. C.* 1 *n.* 61. qui conſenſu de negotio alicuius gratis gerendo perficitur. Cuiac. *in Par. C. h. t.* Conventio qua qui rogatur Procuratoris animo in ſe recipit gratuito daturum, facturumve. Nec recte negat Donellus mandatum ſumi pro toto contractu. Aliud toti Tituli *D. & C. Mand.* convincunt. Dicitur paſſim Mandatum contrahi, mandati obligationes & actiones &c. Quin & notatio convincit ſignificare totum negotium rogantis & recipientis. Imo & in recipientis perſona dicitur mandatum, ut quando vocatur gratuitum, non certe, quod gratis quis mandet, ſed quod alter ſuſcipiat. Denique uti iuſſus vere non eſt, niſi cui parendi neceſſitas, ita nec mandatum, niſi cuius recipiendi in eo cui committitur voluntas. Quare duarum hic rerum coniunctio, non mandati & ſuſceptionis, hæc enim in illo includitur, ſed rogationis & receptionis, ut rectius Cuiac. *in Par. C. h. t.*

2) Quod in committendis negociis, alter alteri manum daret, Iſidor. 5. *Etymol.* 24. P. Fab. *ad L.* 60. *de R. I.* Apud omnes enim fere gentes manus fidei ſymbolum. Unde Virgil. *fallere dexeras*, id eſt, fidem. Terent. *Andr. Act.* 1. *Sc.* 5. *per dexteram, per fidem* &c. & *Hanc mihi manum dat*, id eſt, fidei meæ committit, add. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 4. A. Gub. *de Matrim. C.* 4. *n* 7. Gœdd, *de Contr. ſtip. C.* 3. *n.* 18. Facit. *Prov.* 6. *v.* 1. *&* *C.* 22, *v.* 26.

3) Mozz. *de Mandato Col.* 3. *de Subſtantial* *n.* 7. *& ſeq. Mando* enim non eſt verbum imperativum ſed precarium §. *ul. I. de ſing. reb. per fid. rel.* Unde pro fideicommittere, in *L.* 77. §. 3. *de Leg* 2. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 1. Mandatur enim libero homini, & a Cic. 2. *de Orat.* opponitur verbum imperandi, Cuiac. *in Par. C. h.*

me præſente [4] fideiuſſerit, & ego ſim paſſus. Idemque de ſimilibus dicendum eſt. *L. si remunerandi*, 6. §. *si paſſus*, *L. qui patitur*, 18. *D. mand.*

VII. Non ſimpliciter mandare committere eſt; ſed committere alicui quid gerendum, ut in exemplis quæ initio retuli, qualia extant in *d. L.* 2. *D. eod.* Hac parte admonemur, commendare aliquem non eſſe mandare, & eum qui commendat alicui amicum vel præſens vel per literas, ſi præter commendationem nihil intervenit, non obligari ei, cui commendavit, quidquid ille vel pecuniæ, vel operæ in eum, cui commendatus eſt, contulerit. Ut ſi ita ſcribam, Rogo, Lucium Titium amicum meum commendatum habeas. Si ex hac commendatione tu Lucio Titio egenti pecuniam credideris, tibi non obligor nec negotiorum geſtorum, quia negotium meum non geſſiſti, nec obligor mandati; quia, inquit Ulpianus, commendandi magis hominis, quam mandandi cauſſa ſcriptum ſit. *L. si vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* Ideſt in ſumma quia commendare ſimpliciter ubi nihil aliud accedit, non eſt mandare. Id autem intelligitur ex horum verborum definitione. Quippe mandare, ut diximus, eſt committere alicui quid gerendum. Commendare autem eſt laudare aliquem apud eum, cui illum commendatum volumus: petere, ut ille eum, qui commendatur, dignum ſua benevolentia & commendatione habeat, eaque etiam illum complecti velit. In eo nihil mandamus gerendum. Proinde in eo nec mandatum, nec mandati obligatio eſt. Sane ſi is qui commendavit inſuper adiecerit hæc verba, & ſi quid in eum contuleris, tam mihi gratum erit, quam ſi in [5] me contuliſſes, ut fieri ſolet: hic incipiet eſſe mandatum, & ſi quid ex illo in commendatum abs te collatum erit, ego obligor. Quod quidem aperte actum eſt ſuperioribus verbis. Nam ſi in me contuliſſes, nemo dubitat, quin obligarer. Nunc autem volui, quod in amicum contuleris perinde eſſe, quaſi in me contuliſſes.

VIII. Ut committatur alicui quid gerendum ita, ut diximus; nondum tamen mandatum eſt, niſi hoc ipſum geritur gratis, quod committitur. Mandatum, quod ex officio atque amicitia originem trahit, niſi gratuitum nullum eſt. *L.* 1. §. *ult. D. mand.* Mercede operæ initio conſtituta, si factum locari poteſt, locatio & conductio eſt. Si non poteſt locari, aut res alia conſtituta erit initio pro opera, aut pecunia quidem, ſed non ab initio certa, verum de quanta inter contrahentes convenerit: erit incerti contractus genus, cuius generis conventiones ſolo conſenſu non pariunt obligationem: re ſecuta pariunt, & inde præſcriptis verbis actio. *L. naturalis*, §. *ut cum do. L. ſi tibi polienda*, 22. *D. de præſcr. verb.* §. *ult. inſtitution. de mandat. d. lege* 1. in fin. *D. eod.* Sane si remunerandi gratia honos intervenit, placet nihilominus & mandatum eſſe, & mandati actionem. *L. ſi remunerandi*, 6. in princip. *D. mand.* ubi tamen honos vocatur noſtris merces operæ, quod idem dicitur honorarium. *L.* 1. §. 1. §. *in honorariis*, *D. de extr. cognit.* ut sic pecunia etiam interveniente, id eſt aut data aut promiſſa nihilominus sit mandatum. Sed non ſunt hæc contraria. Honos enim non ſimpliciter eſt merces, ſed merces voluntaria, id eſt ea quæ nulla neceſſitate aperta dandi cogente honoris tantum, & remunerandi cauſſa alicui datur: ut recte definiatur honos ſeu honorarium, gratuitæ operæ [6] voluntaria remuneratio. Multum autem intereſt utrum ab initio quid conſtituatur pro opera, quod neceſſe sit præſtare, & hac lege ſuſcipiatur mandatum: an vero ab initio gratis [7] ſuſcepto mandato detur poſtea aut promittatur aliquid pro opera procuratori, quem honorem hic vocamus. Si quid conſtituitur ab initio, non eſt mandatum iam a principio gratuitum, eoque nec mandatum. Si nulla re ab initio conſtituta gratis ſuſcipitur, tum vere eſt gratuitum. Ubi autem tale eſſe cœpit; quidquid dominus dederit poſtea, aut promiſerit eo nomine, non efficiet, ut deſinat eſſe gratuitum mandatum, quod ab initio tale fuit. Uniuſcuiuſque enim contractus initium ſpectamus & cauſſam. *L. ſi procuratorem*, 8. in pr. *D. mand.* Ac nec poteſt ea pecunia in propoſito id efficere, etiamſi maxime in aliis cauſſis mutari eventu poſſet contractus, qui ab initio fuiſſet. Non enim honorarium hoc dat

aut

4) *L.* 40. *L.* 53. *h. t. ſemper.* 60. *de R. I. ubi* P. Fab. vid. Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 7. & 8. *Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1.

5) At ego putarem nullam ex huiuſmodi verbis niſi naturalem obligationem oriri, ut beneficii debitor fiat, cuius commendatio pondus habuit. Neque enim hic ulla res certa in obligatione, quam debitum civile requirit.

6) Recte ergo hic non eſt peculiaris contractus ex quo ſalarium debeatur, ceu vult noſter *ſupra Lib.* 12. *C.* 14. *N.* 5.

7) Imo non poſt ſuſceptum tantum, ſed perfectum & iam expeditum negotium præſtatur. Remuneratio enim eſt beneficii compenſatio. Beneficio vero affectus non dicitur, cui id promiſſum, quid enim ſi aureos montes pollicitus nihil præſtet, ſed cui exhibitum. Non igitur recte Weſ. *in Par. h. t. n.* 3. Mandatum aliud eſſe gratuitum, aliud mercenarium.

aut promittit dominus ulla neceſſitate obligationis, ſed quia placet illi operam mandatarii ita remunerari. Quod plane ad donationem accedit. Donari enim intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, D. de reg. iur.* Nec mandatarius ita accipit, quaſi non facturus ſi non acciperet, nam & abſque eo obligatur iudicio mandati ut mandatum etiam gratis impleat.

IX. Et hoc quidem mandare eſt. Sed non ſtatim ut quiſque mandavit quid alii, eſt mandati obligatio. Contrahitur hæc conſenſu. *L. 1. D. mand.* Proinde tunc, cum is, cui gerendum quid commiſſum eſt, conſenſit, ut gereret: uno verbo cum mandatum ſuſcepit. Mandato autem ſuſcepto, ita contrahitur obligatio, ut exinde ſolo hoc conſenſu conſiſtat. Ut & qui mandat præſtare debeat indemnem eum, qui gerit, & qui ſuſcipit, ſuſceptum debeat conſummare. *L. 1.* in princip. *L. ſi mandavero, 22. §. ult. D. mandat. §. penult. Inſtitution. eod.*

X. Duæ cauſæ hic exceptæ, in quibus nec mandato ſuſcepto contrahitur obligatio mandati. Mandatum ſcilicet actionum. De quo ita conſtitutum eſt ab Anaſtaſio, ut ſi ceſſio actionum voluntaria eſt, & fit pretio accepto, non valeat ultra quantitatem acceptam, & eius quantitatis uſuras. *L. pen. C. mand.*

XI. Altera, cuius exceptio vetus eſt, & ad omne mandatum pertinet, ut ne ſit ex ullo mandato ſuſcepto mandati obligatio, ſi mandatum interpoſitum ſit ſolius mandatarii cauſſa. Atque hic uſus eſt diviſionis eius, quæ pluribus verbis traditur *Inſt. de mand.* in pr. & §§. *duob. ſequentib.* item *L. 2. D. eod.* de iis modis, quibus mandatum contrahitur. Quam quidem diviſionem huc referri oportet. Et ne in ea de ſingulis modis, qui illic proponuntur, diligentius cognoſcendis anxie laboremus, ſumma una hæc eſt: cuiuſcumque tandem, aut quorumcumque aliorum gratia mandatum interveniat, mandati obligationem naſci: ſive aliquis ſua tantum gratia tibi mandet; ſive ſua & tua; ſive aliena tantum; ſive ſua & aliena; ſive tua & aliena. *Inſt. de mand.* in pr. & §. 1. At ſi tua tantum, id eſt mandatarii gratia tibi mandatum ſit nullum mandatum eſſe, eoque nec mandati obligationem. Ut quanvis tibi mandatum non expediat, & cum damno exſecutus ſis mandatum; tamen non teneatur, qui mandavit, nec ille ut impleas, actionem adverſus te habeat. *Inſt. de mand.* in pr. & §. *tua.* Ac cæterorum quoque exempla ſubiiciuntur deinceps: quæ qualia ſint in ſingulis modis, non ita eſt laborandum, cum qualiacumque fuerint, dicamus contrahi obligationem mandati. De poſtremo, quod diverſam rationem habet, ſolum quærendum. Eſt autem hoc exemplum in *L. 2. D. eod.* Veluti, ſi quis tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverſo ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces.

XII. Ratio ibidem addita, quia huius generis mandatum conſilium magis eſt, quam mandatum. Nullum autem conſilium, in quo nihil niſi conſilium ſit, obligatorium. Ex quo regula iuris, Conſilii non fraudulenti nullam eſſe obligationem. *L. conſilii, D. de reg. iur.* Sed & hæc ipſa ratio rationis indiget. Cur enim qui ſuperiora mandat, etsi id facit conſilii cauſſa, eo minus obliget, aut obligetur? Ratio ergo inſuper ibidem adiecta, cur conſilii nulla ſit obligatio, etsi ei cui mandabatur, non expediat. Hæc autem certa eſt, quam ſubiicio. Quippe res tota tua & arbitrii tui eſt, ſi quid mandatur gratia tantum tua. In re arbitrii tui nec habet mandator, cur te cogat facere quod nolis; nec ſi tu geſſeris cum incommodo tuo, quidquam habes, quod de alio queraris, ac propterea ab illo quidquam repoſcas. Si putas non expedire tibi conſilium, aut alia de cauſa exſequi non vis: nulla te res cogit id facere: cum unuſquiſque ſit moderator & arbiter rei ſuæ. *L. in re mandata, C. mand.* Nec habet mandator, cur te cogat, cum quanvis rem optime geſſiſſes, nihil tamen inde ad illum redeat. Si putas tibi expedire conſilium, aut quia videtur tibi quovis modo rem tentare, ideo rem aggrederis, & male cedit, habes quod de te ſolo queraris, non de alio. Nam cum ſcires quid eſſet in re aut certe apud te ut in re tua explorare poſſes, tua culpa eſt, ſi re non bene explorata geſſeris, factum cuique ſuum non alii nocere debet. *L. factum cuique. D. de reg. iur.*

XIII. Illud plane mandatori in conſilio nocere poteſt, ſi dolus eius & calliditas intervenerit. Quo caſu de dolo tenebitur. Ideo dictum eſt regula iuris nullam eſſe obligationem non ſimpliciter conſilii, ſed conſilii non fraudulenti. *d. L. conſilii, de reg. iur.* Finge, cum eſſes heres inſtitutus, & eſſet damnoſa hereditas, me apud te multa mentitum de hereditatis facultatibus: hortatum te eſſe, ut adires. Si conſilio inductus adieris, ego de dolo tenebor,

Digitized by Google

nebor. *L. ult. D. de dol.* Nam quod exemplum vulgo adferri ſolet, huc non convenit: cum quis ſcilicet mihi credere dubitanti, cum ſciret eum qui pecuniam petebat, facultatibus labi, nihilominus eum ſui lucri cauſſa affirmavit idoneum eſſe, & ideo ei credidi. Etſi enim hoc caſu placet mihi adverſus te [8] de dolo actionem dandam: *L. quod ſi, D. de dol.* tamen ſi ille affirmator mihi nihil mandavit; non eſt id conſilium & mandatum de quo agimus: ſi mandavit, ut debitori futuro crederem, iam mandati mihi tenebitur. Eſt enim mandatum mea & aliena gratia interpoſitum; quo genere mandati obligationem contrahi conſtat. §. *tua.* in pr. & verſ. *& adeo Inſt. de mand.* Quod ſi fraudulentum conſilium non erit, tenebimus citra exceptionem in eo nec mandati, nec aliam eſſe obligationem. Adiiciemus, quanvis convenerit, ut quod tua ſolum cauſſa mandabatur, tuo periculo eſſet, ita ut non videreris aliter facturus eſſe; quam ſi ita conveniſſet. Utputa mandavi tibi, ut pecuniam tuam crederes ita, ut arbitrii tui eſſet; id eſt ut cuivis crederes, tu acciperes uſuras; periculum dumtaxat ad me pertineret. Reſpondit Celſus extra mandati formam id eſſe, id eſt, non eſſe mandatum. Quemadmodum ſi mandem, ut tibi quenvis fundum emas. *L. Quintus*, 48. §. *ult. D. mand.* ut tibi, inquam, emas, non autem mihi, ut perperam [9] legitur in *Pand. Florent.* nam ut mihi fundum emas, maxime mandatum conſiſtere inter omnes convenit. *L.* 2. *D. mand*

XIV. Sed cur non valeat conventio, ut ſit meum periculum, & hactenus ſit mandati obligatio: cum dicamus contractus ex conventione legem accipere? *L.* 1. §. *ſi convenit, D. depoſiti, L. contractus, D. de regul. iur.* Quia prius eſt, ut ſit contractus mandati, quam ut dicatur is contractus aliunde legem accipere. Nunc autem negamus hic mandatum eſſe, ubi quid mandatur tua gratia tantum, & placet rem arbitrii tui ac commodi eſſe. Sed etſi mandatum hic poſſet admitti ex conventione; tamen ex ſuperiore non poteſt. Non enim ex omni conventione contractus legem accipiunt: verum ita, ſi & conventio per ſe ſervanda ſit. Aliter, atque ſi conventio ſit bonæ fidei contraria. *d. L. contractus, de reg. iur.* Ac talis eſt ſuperior conventio, qua convenit, ut commodum omne tuum eſſet in pecunia credita, meum autem ſolius periculum, ad quem inde nihil pervenit. Non eſt enim ſecundum naturam, id eſt, non eſt æquum (ſic enim explicatur in *L. pen. D. de iuſt. & iur.*) ut quem ſequuntur incommoda rei, non eundem ſequantur & commoda. *L. ſecundum, D. de reg. iur.* quod hic contra fit.

XV. Quid eſt igitur, quod traditur in *L. ſi remunerandi*, 6. §. *ſi tibi*, in fin. *D. mand. ſi tibi mandavero quod tua intererat, mea non interſit*; nihilominus mandati actionem fore, *ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem?* Dicendum eſt ſcilicet, eum cuius gratia quid mandatur, ſi eius ſolius interſit, ſeu ſi eius tantum gratia mandetur, ſemper videri facturum fuiſſe, quod fecit, quanvis ei mandatum non eſſet; cum nulla cauſſa ei fuerit, cur propter mandatum faceret id, quod totum ad arbitrium & commodum eius pertinebit. Tunc demum videtur quod mea non interfuit, non aliter facturus eſſe, quam ſi mandatum eſſet, cum ei ita mandatur ipſius gratia, ut alterius perſona cuius interſit, etiam adiungatur. Utputa, mandavi tibi, ut pecuniam tuam fœnerares. Si generaliter, effectum eſt nullum eſſe mandatum. Si ut fœnerares nominatim Titio, diſerte [10] ſcriptum eſt in §. *tua.* verſ. *& adeo, Inſt de mand.* obligatorium eſſe hoc caſu mandatum, hac ratione, quia non aliter Titio credidiſſes quam ſi tibi mandatum eſſet. Ex qua ratione apparet, cur videaris ſine mandato facturus non fuiſſe, coniecturam ſumi ex eo, quod Titii quoque extranei cauſſa mandatum intervenit. Non idem dicendum, ſi aliena quoque gratia mandatum non interveniſſet.

XVI. Sed cur cum tua tantum cauſſa tibi mandavi, nulla obligatio eſt: ubi autem mandavi aliena ſolum, vel tua quidem, ſed ſimul aliena, nihilominus contra-

8) Nulla autem obligatio iure noſtro, ſi eum qui mutuum poſcit ſolvendo eſſe inſcius affirmes *L.* 7. §. *ult. de dolo*. Secus Iure Lubecenſium *Lib.* 3. *Tit.* 10. *Art. unico.* quo ſi adſtans emptori peregrino dicat; Fidem potes illi habere de pretio, non cures de ſolutione, ac deinde emptor non ſolvat, conveniri poteſt, qui advenam laudavit.

9) Ceu habet vulgata & Haloandrina lectio. Recta & apta ſententia. Forte tamen Florentinæ lectionis ſalva ſententia per voculam *quemvis*. Quod non conſiſtat mandatum de emendo mihi, *quovis*, fundo ob nimiam generalitatem & incertitudinem negotii commiſſi, arg. eorum quæ *ſupra Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 8.

10) Ita & Vult. *in d.* §. 2. *n.* 2. quia hoc caſu habet ſimilitudinem fideiuſſionis. Sed vix convenit hæc expoſitio propter §. *praced.* 4. *d. L.* 6. ubi hæc ſpecies ut Titio credas. At in §. 5. alia ſpecies tractatur. Quare recte DD. excipiunt ex *d.* §. 5. niſi non eſſes facturus, quod tua ſolius gratia mandatum, ſi ego non mandaſſem, Mozz. *C.* 2. *de Diviſ. Cir. ſ.* Weſ. *in Par. h. n.* 7. Quod tamen ſic accipi velim, ſi certo id appareat & de eo teſtatus ſis. Pone. Conſtituiſti emere fundum. Ego diſſuaſi emptionem, mandans ut fœneres potius. Tu aperte profiteris non niſi mandato meo permotum te fœnerare. Si res male ceſſit, mandati teneor.

trahitur obligatio, quanvis in omnihus his cauſſis pariter mea nihil interſit? Differentiæ ratio hæc eſt, quod in re tua potuiſti ſine culpa & ullius offenſione diligens eſſe, & explorare, quid tibi expediret, ut ante diximus. Perſona autem alterius adiecta cum qua rem gereres, debuiſti in re & perſona aliena diſſimulare, nec eſſe curioſus, ut eleganter ſcriptum eſt in *L. doli*, in fin. *D. de novat.* Quæ res facit, ut ſi hic ob facultates illius alterius non exploratas in damnum aliquod incideris ideo damnum tibi præſtandum sit, quia in eo non explorando sis extra culpam.

C A P. X I.

In mandato quæ ſit mandatarii obligatio. Eius obligationis duas eſſe partes; Mandati fidelem exſecutionem, niſi quæ idonea cauſſa hanc remittat, & quæ ſint hæ cauſſæ; Tum mandato impleto eorum, quæ mandatarius per cauſſam mandati conſecutus erit, reſtitutionem. In univerſa hac adminiſtratione quam culpam mandatarius præſtare debeat.

Rerum nexus atque ordo. I.
Mandatarius executionem mandati præſtat, & reſtitutionem eius, quod ad illum ex cauſſa mandati pervenit. II.
Exſecutio, ſuſcepto mandato, neceſſaria; & quomodo. III.
Niſi fuerit 1. *Mandato, re integra, renuntiatum. Renuntiatio tempeſtive facta minime contraria ſuſcepto mandato, & quare.* IV.
2. *Niſi mandatum iuſta de cauſſa probibitus exſequi mandatarius. Quæ & quotuplex iuſta cauſſa.* V.
Quid ſit quod per cauſſam mandati *pervenit, eiuſque reſtitutio.* VI.
Reſtitutio & corporum & actionum. Poſterior perficitur ad nutum mandantis tribus modis; & qui horum ſinguli. VII.
An mandatarius culpam omnem præſtare teneatur. VIII.
Contrariæ ſeu negantis ſententiæ momenta proponuntur. IX.
Affirmans definitio propugnatur. X.
Contrariis occurritur. XI.

I. QUi mandatum ſuſcepit, facit ſuſcipiendo ut mandati obligatio contrahatur, ut modo diximus. Et obligatur quidem ipſe, ſed non ſolus. Ut obligatur mandatori, ita viciſſim & mandatorem ſibi obligat. Principaliter quidem ipſe: ſed nihilominus per conſequentiam officii impleti is, qui mandavit. Ita ſunt in mandato quoque inter mandatorem, & eum qui mandatum ſuſcepit mutuæ obligationes præſtationeſque civiles: earumque etiam nomine actiones propriæ conſtitutæ, directa, & contraria: illa mandatori adverſus mandatarium; hæc mandatario adverſus mandatorem: de quibus poſtea amplius ſuo ordine. Sed in hac tota obligatione prima cauſſa eſt mandatoris; a quo ut proficiſcitur mandatum, ita & eius cauſſa ſuſcipitur. Quocirca & ab huius iure initium faciendum, videndumque in eo de obligatione eius, qui mandatum ſuſcepit, quid is videlicet poteſtate huius iudicii mandatori præſtare debeat: quem uno verbo mandatarium & [1] procuratorem in uſu iuris nominamus. Nam & procurator generaliter eſt is, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat, etiam ſi unius tantum rei procurator ſit. *L.* 1. *D. de proc.*

II. Et eius, qui mandatum ſuſcepit obligatio atque officium duas partes habet, quas ille in ſe ſuſcipere intelligitur. Unam, ut mandatum exſequatur cum poteſt. Alteram, ut impleto mandato ſi quid ad eum per cauſſam mandati pervenerit, id mandatori reſtituat. Indicatur utraque coniunctim in *L. procuratorem, C. mand.*

III. Prima ergo pars huius officii verſatur in mandato exſequendo, implendove. Mandatum ab initio ſuſcipere cuivis liberum eſt: ſemel ſuſceptum conſummari oportet. *L. ſi mandavero*, 22. §. *ult. L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* Quod niſi impletur, ſuccedit præſtatio omnium faciendi obligationum communis, ut teneatur mandatarius in id quod

1) Differunt tamen ut genus & ſpecies. Omnis Procurator mandatarius, non contra. Qui ex mandato meo alteri dat pecuniam, pro me fideiubet, mandatarius eſt, non Procurator, Andr. Clud. *de Condict. certi C.* 3. *n.* 61.

quod mandatoris intereſt, præſtatio ita huius facti propria, ut nec prius competat eo nomine mandati actio, quam mandatoris intereſſe cœperit; & ſi cœperit intereſſe, non longius competat, quam quatenus intereſt. Quæ res facit, ut ſi eius [2] nihil interſit, ſive quod negotium ab alio recte geſtum eſt, ſive quod de re nihil deperiit, quanvis nemo geſſerit; ceſſat mandati actio: ut hac quidem conditione liceat mandatum omnæ contemnere impune. *L. ſi procuratorem*, 8 §. *mandati*, *L. ſi quis alicui*, 27. § *qui mandatum*, *D. mandat*. At ſi quid mandatoris intereſt, ibi eſt ea mandati neglecti obligatio & actio, quam dixi.

IV. Quod tamen non eſt perpetuum. Nam ut mandatum quis non exſequatur, & mandatoris interſit impletum fuiſſe: tamen duabus rebus conſequitur mandatarius, ne eo nomine teneatur; tempeſtiva mandati renuntiatione; & iuſto renuntiandi exſequendive mandati impedimento. Primum renuntiatione mandati. Mandatum quanvis recte ſuſceptum renuntiare conceſſum eſt, dum tempeſtive: quod ita fit, ſi ita renuntietur, ut integra poteſtas mandatori reſervetur vel per ſe vel per alium candem rem commode explicandi. Sic enim nulla captio futura eſt mandatoris, quod in mandato ſolum quærendum eſt. *d. L. ſi mandavero*, 22. §. *ult. d. L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* §. *pen. Inſt. eod.* Nec metuemus ne hac renuntiatione admiſſa dicamus aliquid contrarium ei conſtitutioni iuris, qua traditum eſt renuntiare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, neminem poſſe. *L. ſicut*, *C. de obl. & act.* Non enim obligatur abſolute qui mandatum ſuſcepit, ut mandatum impleat: ſed hac lege, niſi re mandatori integra mandatum renuntiet, ut eſt in *d. L. ſi mandavero*, §. *ult. mand. d.* §. *pen. Inſt. eod.* ut dicendum ſit renuntiantem mandatum, ad id implendum non obligari: ita fieri ut quid id renuntiat, non poſſit dici renuntiare obligationi implendi mandati, qui illa conditione ad id implendum non fuit obligatus. Nec mirum ſit, ei qui ſimpliciter mandatum ſuſceperit, de renuntiando autem nihil neque convenerit, neque ulla re ſignificaverit; nihilominus renuntiandi mandati poteſtatem tribui, & quidem ſecus, quam in aliis fere omnibus contractibus conceſſum eſt. *L. ab emptione*, *D. de pact.* Id enim officii alieno nomine ſuſcepti ratio exigere viſa eſt, cum officium gratis ſuſceptum totum ſit beneficii & liberalitatis. De omni beneficio ſic veteres definiunt, natura æquum eſſe, *tandiu te liberalitate mea uti, quandiu velim: cum autem mutavero voluntatem, ut poſſim revocare*. Sic Ulpianus in *L. 2. L. 1. D. de prec.* tantum ne beneficium ita revocetur, ut id accipienti noceat. Adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet, ut eleganter in cauſa commodati a Paulo ſcriptum eſt in *L. incommodato*, §. *ſicut*, in fin. *D. com.* Atqui omnes hæ conditiones concurrunt ad mandatum recte renuntiandum. Nam & mandatum totum officii ac beneficii eſt. *L. 1.* in fin. *D. mand.* cum tempeſtive revocatur, fit, ut officium ſuſcepti ante mandati mandatori non noceat. Licet igitur ex ſupra ſcripta æquitatis regula id revocare. Eſt enim hoc iudicium bonæ fidei. Ad quam pertinent omnia, quæ ex æquo & bono præſtanda ſunt. §. *actionum*, §. *in bonæ Inſt. de act.* Id autem demum æquum & bonum eſt, quod natura ius eſt. *L. pen. D. de iuſt. & iur.*

V. Altero modo fit, ne mandatarius teneatur quanvis non impleto mandato, ſi iuſta aliqua ex cauſa prohibitus ſit, quominus renuntiaret mandatum, aut id impleret. *d. L. ſi quis alicui*, 27. §. *qui mandatum*, *D. mand.* Iuſtæ huius impedimenti cauſæ duæ; ſi mandatarius renuntiare aut non poſſit, aut non debeat. Non poteſt; veluti ſi cum vellet renuntiare, prohibitus ſit vel ex morbo, vel tempeſtate, vel vi hoſtium, prædonumve. *L. ſane*, 23. & duab. ſeqq. *D. mand.* Non debet ne renuntiare quidem; vel propter capitales inimicitias, vel ob inanes rei actiones. Sic enim verba ſunt *d. L. ſane*, 23. & *L. ſeq. mand.* Hæ res duæ ideo ad mandatarii excuſationem valent, quia ambæ efficiunt, ut non poſſit mandatarius ſine periculo damnove ſuo renuntiare mandatum, aut exſequi. Non debet autem illi periculoſum aut damnoſum eſſe officium ſuum. *L. ſi ſervus*, 61. §. *quod vero*, *D. de furt.* Quod dico ſuperioribus rebus effici, ſic accidit. Inimicitiis capitalibus poſtea intervenientibus non poteſt mandatarius niſi cum periculo ſuo, aut contumeliarum vel rixæ metu ad inimicum venire. Sed & illud non temere metuat, ne mandato impleto non poſſit poſtea facile conſequi quod eo nomine impendit. Idem efficiunt inanes rei actio-

2) Sufficit tamen intereſſe tempore quo agitur, licet non interfuerit tempore contractus. Et ſic accipiunt *L.* 6. §. 4. *h. t.* Cuiac. 17. *Obſ.* 19. & Pac. 4. *Q.* 82. Nec in ea negatio delenda, ut Hotom. 5. *Obſ.* 10.

actiones. Ubi ſcilicet inanes actiones rei intelligere debemus actiones mandatarii, quæ illi adverſus reum, eumdemque mandatorem mandato impleto inanes futuræ eſſent. Quod contingit, ſi mandator interim pro certo ſolvendo eſſe deſierit. Finge argentarium aut negotiatorem aliquem mihi mandaſſe, ut ſuo nomine illum fundum emerem centum aureis. Si is forte interea ceſſerit foro, & ut vulgo loquuntur menſam ruptam fecerit, impune negligam mandatum etiam ſine alia renuntiatione; quia ſi emam, obligatus ero venditori, ut ſolvam pretium. Ea vero pecunia ſoluta mihi perierit, quam conſequi non poſſum ab eo, qui ſolvendo eſſe desiit. Et ut nunc loquimur, ea pecunia a me ſoluta, inanes meæ actiones eo nomine adverſus mandatorem futuræ ſunt.

VI. Hæc de priore parte obligationis mandati, qua tenetur qui mandatum ſuſcepit mandatori. Altera pars erat, ut mandato impleto quidquid per cauſſam mandati ad mandatarium pervenerit, id mandatori reſtituat: puta, ut si quid emerit alieno mandatu; si quid ſtipulatus conſecutus sit, id ita reſtituere debeat mandatori. *L. idemque*, 10. §. 1. §. 2. *L. ex mandato*, 20. in prin. *D. mand.* Impletum mandatum quando videatur, dicam poſtea in commune in perſona & obligatione mandatoris: adverſus quem non eſt actio mandati, niſi impleto mandato. Dixi ſi quid ad mandatarium pervenerit non ex mandato, ſed per cauſſam mandati: quia etſi quid ad eum pervenerit non ex eo, quod vere mandatum eſt, ſed præter atque adeo contra mandatum; tamen in hanc reſtitutionem venit, dum pervenerit per cauſſam & occaſionem mandati. Utputa, mandavi proeuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine uſuris. Si is contra mandatum crediderit ſub uſuris, etiam uſuras conſecutus mihi eas reſtituere debebit. *L. idemque* 10. §. *ſi mandavero*, *D. mand.* Item si mandaverim procuratori meo, ut centum quæ mihi Titius debet, ab eo exigeret; cumque egiſſet iudicio eo nomine, forte per errorem aut iniuriam iudicis indebitum a Titio fuerit conſecutus, placet 3 id quoque eum debere iudicio mandati reſtituere. *L. qui proprio*, §. *procurator*, *D. de proc.* Et tamen pervenit id contra verba mandati, quo de debito exigendo mandatum erat. Sed ſatis eſt per cauſſam & occasionem mandatæ actionis ad procuratorem perveniſſe.

VII. Nec ſolum corpora, quæ ex mandati cauſſa ad procuratorem pervenerunt, in hanc reſtitutionem veniunt: ſed & actiones, si quas ex eadem cauſſa nactus fuerit. Ut si mandatu meo ſtipulatus sit a meo debitore, si quid meo nomine emerit, unde & illinc quidem actio ex ſtipulatu, hinc autem ex empto quæsita sit adverſus venditorem; has quoque actiones mihi reſtituere debebit. *L. ſi mandatu*, 45. in princ. §. *quoties*, *D. mand.* Tantum in hac ſpecie singulare genus reſtitutionis animadvertendum eſt, quod hic probatum eſt a veteribus. Placet enim tria a mandatario ad hanc reſtitutionem exigi poſſe, prout mandator elegerit. Primum, ut mandatarius mandatori præſtet cedatve actiones: quod quomodo fiat, alio loco dicetur. *L. qui mandatum*, 43. *d. L. ſi mandatu*, 45. §. *quoties*, *D. mand.* Alterum, ut mandatarius deſiderante mandatore deleget debitorem vel mandatori, vel alii cui mandator voluerit. *L. idemque* 10. §. *ſi cui mandavero*, *D. mand.* ideſt ut adverſus quem ex mandati cauſſa ſibi quæſiit actionem mandatarius, eum det vice ſua reum mandatori, ideſt eum qui ſtipulanti idem promittat novationis cauſſa; ut ſic actio a mandatario ad mandatorem tota transferatur: id quod delegandi verbum ſignificat. *L. delegare*, *D. de novat.* Atque hinc delegatio hæc pro actionis reſtitutione: quia etſi mandatarius re vera non reſtituit eam actionem, quam novatione habere deſiit, ſed ſolus debitor hanc præſtet; tamen effectu neceſſe eſt eam pro reſtitutione mandatarii haberi, cum per eam conſequatur mandator, ut multo certius actionem habeat, delegatio autem voluntate mandatarii contingat. Tertium eſt in hac reſtitutione, ut si mandatori videatur, mandatarius debitorem liberet. Hoc in *d. L. idemque*, 10. §. *ſi cui mandavero*. Videri tamen poteſt a mandato alienius, cum videatur hæc liberatio contraria eſſe reſtitutioni actionis. Nam liberato ita debitore neque ſupereſt actio amplius, quæ reddatur, neque hæc illa liberatione ad mandatorem pervenit quæ potius illi amiſſa eſt. Dicendum eſt etsi debitor in propoſito a mandatario liberatus eſt: tamen cum liberatus sit voluntate & facto mandatoris, eiuſdemque domini, ſatis effectu ab eo debitorem liberatum videri: & quia videtur ab eo liberatus, perinde hoc habendum, quasi mandator reſtituta prius sibi actione ipſe poſtea reum liberaſſet.

Ni-

3) Et Arg. *L.* 8. §. 2. *de neg. geſt.* vid. Giſan, *in d. L.* 46. *n.* 20. *& ſeqq.*

Nihil enim intereſt, per te quid facias, an per alium. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in princ.

VIII. His partibus poſitis obligationis eius, qua qui mandatum ſuſcepit, tenetur mandatori; circa has incidere ſolet ſæpe quæſtio de dolo & culpa mandatarii, quid horum præſtare debeat, cum in mandato exſequendo, tum in rerum ex mandato receptarum adminiſtratione. Fieri enim poteſt, ut mandatum non exſequatur, aut non recte, dolo malo, vel lata culpa, id eſt ea culpa & negligentia, qualem non ſolet in ſuis rebus admittere. Fieri poteſt, ut culpa levi, ideſt eo facto vel negligentia quam & in ſuis rebus admittere ſolet, ſed quam non item admitteret diligens paterſamilias. Fieri item poteſt in his, quæ ex mandati cauſſa ad eum pervenerunt, ut ex his perdiderit quid, ant paſſus ſit deterius fieri, alias dolo, alias lata culpa, alias levi. Quæritur igitur, inquam, si quid horum accidat, quid eo nomine mandatarius mandatori præſtare debeat: dolumne tantum, & latam culpam, ut fit in depoſito, cum pariter in utroque, id eſt in mandato ſimiliter ut in depoſito non verſetur utilitas debitoris: an vero ſit aliquid proprium in mandato, cur in ſuperiore adminiſtratione præſtet mandatarius & dolum, & omnem culpam. Anceps quæſtio, & in contrarias partes agitata, locis & rationibus non frivolis alio, atque alio ducentibus. Procuratorem ſeu mandatarium in alienorum negotiorum adminiſtratione [4] omnem culpam, non etiam caſum fortuitum præſtare, diſerte ſcriptum eſt in *L. a procuratore, C. mand.* & quidem ita, ut ibi dicatur hæc ſententia iuris auctoritate manifeſte declarari. Congruit *L. in re mandata*. Quæ eamdem ſententiam apertius poſuit. *C. eod. tit.*

IX. In contrariam partem trahere videntur & rationes iuris & æquitatis, & loci non obſcuri. Primum hæc conſtitutio eſt veterum, ubi in negotio aliquo utilitas debitoris non agitur, ſed ſolum creditoris, ibi dolum tantum a debitore præſtari, culpam non præſtari nisi dolo proximam, ut in depoſito. *L. 5. §. nunc videndum*, & deinceps. *D. commod. L. 1. §. ult. L. quod Nerva, D. depoſ.* Atqui huius generis eſt mandatum, quod totum mandatoris cauſſa ſuſcipitur, nulla mandatarii. Accedit altera ſententia iuris & æquitatis exploratæ, nemini officium ſuum, quod eius cum quo contraxit, non ſui commodi cauſſa ſuſceperit, damnoſum eſſe debere. *L. ſi ſervus, 61. §. quod vero, D. de furt.* Id præcipue ad mandatarium pertinere iam ante dixi, & res loquitur. Quare præterquam quod is induſtria ſua & pro captu præſtare poteſt, ab eo exigi non debet: ne propter officium ſuſceptum ultra quam poteſt, damno afficiatur. Loci autem in hanc ſententiam pene diſerte ſcripti videri poſſunt tres. Primum *L. 8. §. ult. D. mandat.* ubi is cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si gratia ductus paſſus eſt alium emere. Hoc vero non dubium argumentum eſt, ſi quid horum non erit, mandatarium non teneri. Sic Papinianus colligit in *L. 1.* verſ. *huius. D. de off. eius cui mand. eſt iuriſd.* Licet addere *L. dolus, 44. D. mand.* in qua definitur, quando ſit dolus in mandatario mandatum non exſequente. Quorſum, niſi hoc quærere neceſſe eſt in mandato, & ideo neceſſe, quia mandatarius teneatur ſolum ob dolum? Alter locus eſt in *L. ſi fideiuſſor, 29. §. ſi cum debitor, D. mand.* ubi ſi fideiuſſor, idemque mandatarius, poſtquam ſolvit creditori, non ſignificet id reo principali, & reus poſtea ſolvat, quod eum ſolvere non oportebat, Ulpiani ſententia eſt fideiuſſoris detrimentum fore; addita hac ratione, quia dolo proximum ſit id non feciſſe. Tolle hanc rationem. Dicendum erit ius deficere. *L. quod dictum, D. de pact.* Tertius locus eſt in *L. idemque 10.* in pr. *eod. tit.* ubi diſerte hæc ſententia ſcripta eſt, nihil amplius quam bonam fidem præſtare eum oportere, qui procurat. Præſtare bonam fidem veteribus eſt aut præſtare, quod dixeris, promiſeris, *L. 1. D. de pact.* aut extra conventionem facere pro captu & diligentia ſua, quantum quis poſſit, & ſoleat: ultra autem non teneri, quanvis alius diligentior & intelligentior melius rem geſturus fuiſſet. *L. quod Nerva. D. depoſ.*

X. Sed nihil horum tanti eſt, ut liceat omittere priorem ſententiam, quæ locis tam diſerte ſcriptis expreſſa eſt. Omnem culpam qui a procuratore præſtandam eſſe dicit, ut fit in *L. a procuratore, C. mand.* nullam excludit. Et maxime cum illic excipi-

4) Et leviſſima. (Quod & noſter adderet niſi eam a levi non diſtinctam putaret, vid. infra *Lib.* 16. C. 7.) Duaren. *h. t.* C. 2. Mozz. *Col.* 4. *de Natural.* n. 26. P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. p.* 139. & *ſeq.* M. Ant. Deltrio *ibid. p.* 161. & *ſeqq.* Cuiac. 2 *Diſſ* Modeſt *ad L.* 23. *Depoſ* Goed. *ad L.* 123. §. 1. *de V. S. n.* 1. Arumæ *Inſt.* 15. *Th.* 10.

cipiatur ſolum caſus fortuitus. Qua exceptione non poteſt non in cæteris omnibus præſtationibus regula confirmari. *L. quæſitum*, §. *idem reſpondit*, *domo inſtructa*, *D. de inſt. vel inſt. leg.* Nihil ad rem pertinet quorundam defenſio, qui illa a procuratore in litem dato exigi dicunt, in *d. L. procuratore*. Non idem probandum in cæteris mandatariis. Differentiæ autem rationem eſſe, quod in reliquis cauſſis mandatum ſit gratuitum: procurator autem ad litem datus ſalarium accipiat, propter quod ſit, ut in negotio utilitas quoque eius verſetur. Nam lex de procuratore generaliter loquitur. Scimus autem procuratorem dici omnem, qui mandatu domini negotia eius adminiſtrat, non tantum ſi in lite id faciat, ſed & maxime ſi extra litem. *L.* 1. *D. de procur.* Tum autem præcidit omnem hanc defenſionem *d. L. in re*, *C. mand.* ubi agitur non de hoc aut illo procuratore, ſed generaliter de re mandata. Agitur de eo, qui aliena negotia gerit. Quo uno maxime ſignificatur agi de eo, qui gerit extra litem, non in lite; quia in lite exercenda unum fere negotium eſſe ſolet, non plura. Sed & cum illic dicitur in re mandata non pecuniæ ſolum, ſed & exiſtimationis periculum eſſe: apparet dici de quovis mandatario, & procuratore: utpote in quo non litis, ſed ſolum rei mandatæ ratio habeatur. Atque illic ita diſerte definitur, aliena negotia exacto officio geri. Quod nihil aliud eſt quam exacta diligentia. Ea eſt autem, quæ a commodatario exigitur, quam eamdem, bonus & diligens paterfamilias ſuis rebus adhibet. §. *item is*, *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* Atque hinc eſt, quod de negligentia omni præſtanda in eadem lege ſubiicitur velut interpretationis loco his verbis: nec quidquam in eorum (negotiorum) adminiſtratione neglectum aut declinatum culpa vacuum eſt. Tenebimus igitur hanc ſententiam, mandatarium & procuratorem in univerſa adminiſtratione ſua omnem culpam non etiam caſum fortuitum præſtare debere.

XI. De æquitate & locis contrariis breviter reſpondeo. Traditur, in quibus negotiis debitoris utilitas non verſatur, in his dolum ſolum, non etiam culpam a debitore præſtari, Hoc ita eſt, niſi ſit iuſta cauſſa, cur & culpam præſtet. Ideo & in depoſito, ſi quis ſe ei obtulerit, placet eum omnem culpam præſtare. Idem & ſi id ut præſtaret in ſe depoſitarius receperit. *L.* 1. §. *ſæpe*, §. *ſi convenit*, *D. depoſ.* Et qui ſine mandato negotia aliena gerenda ſuſcepit, placet eum & culpam & dolum præſtare debere. *L. qui negotia*, 11. *D. de neg. geſt.* Scilicet quia & ſe gerendo obtulit, & induſtria ſua fretus ſuſcepit: ſine quo culpa eſt immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti. *L. culpa eſt*, *D. de regul. iur.* Huiuſmodi cauſſa & mandatarium eidem obligationi ſubiicit. Quippe negotium aliquod gerendum ſuſcipiens, quia geri quidquam ſine induſtria & facultate gerendi non poteſt: ideo & de hac ipſa induſtria, ac facultate & profiteri & ſpondere intelligitur. Quæ & ratio [5] a Cyno & Dyno accepta vulgo recte redditur. Nihil eſt æquius, quam in bonæ fidei iudicio id quod dictum eſt, præſtari. *L. ſi quid venditor*, 18. *D. de ædil. ed.* Et cur qui ſe depoſito obtulit, culpam præſtat, niſi hac ipſa de cauſſa, quod ſe præ cæteris offerendo, de ſua vigilantia, & diligenti cuſtodia videtur polliceri? Dicitur nulli debere officium ſuum eſſe damnoſum. Recte, niſi quis velit ſibi eſſe damnoſum, ut fieri in depoſito iam ante diximus. At hoc vult, qui omnis culpæ periculum in ſe recipit. Quod is facit in mandato, qui de induſtria ſua pollicetur. Dicitur in *L.* 8. §. *ult. mand.* teneri mandatarium, ſi dolo vel lata culpa exſecutus mandatum non ſit. Sed ibidem ſubiicitur paulo poſt eum non teneri, *ſi non intervenit dolus*, *nec culpa*. Dicitur in *L. ſi fideiuſſor*, §. *ſi cum debitor. mand.* fideiuſſorem qui poſtquam ſolvit, non nuntiavit debitori, ſi debitor poſtea ſolvat, fideiuſſoris detrimentum eſſe; quia hoc factum ſit dolo proximum. Sed non recte ex eo colligitur, ſi quid culpa levi a mandatario peccatum ſit, id ab eo non eſſe præſtandum. Eſt enim in ſuperiore ratione argumentum a maiori, quaſi dictum eſſet: non mirum, ſi hic fideiuſſoris damnum eſſe dicimus. Nam etſi culpa ab eo hic peccatum eſſet, teneretur tamen. Quanto magis tenebitur ob hoc factum, quod eſt [6] proximum dolo? Poſtremo quod dicitur in *L. idemque*, 10. in princ. *mand.*
nihil

5) Et ita quaſi ex conventione culpæ leviſſimæ nomine tenetur Cuiac *d. loc.* Don. noſter *ad L.* 11. *C. h. n.* 43. Nam ut Cic. *pro Roſcio*. Mandati violatio violat duas res ſanctiſſimas, amicitiam & fidem. Ideireo qui res mandatas non modo malitioſius, ſed etiam negligentius geſſerit, admittit ſummum dedecus. P. Fab. *d. loc.*

6) Aliter Duar. *h. t. C.* 2. *ſ.* tot. in *d. L.* 29. mandatum eſſe negotium quod induſtriam non requirit, fideiubere, ubi non locus regulæ de omni culpa præſtanda, quia illius ratio ceſſat.

nihil amplius quam bonam fidem præſtare eum oportere, qui procurat: etiam hoc ipſum confirmat, omnem qui procurat, non dolum tantum; ſed & culpam præſtare debere; ſi modo verum eſt, quod poſuimus, eum qui mandatum ſuſcipit, de ſua induſtria polliceri. Nihil enim ut ante dixi, magis convenit [7] bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve eſt, præſtari. *L. 1. D. de pact. L. ex empto*, in princ. *D. de act. empt. d. L. ſi quid venditor*, 18. *D. de ædil. edict.* Stet igitur hæc ſententia, omnem culpam a procuratore quovis in mandati adminiſtratione præſtandam, niſi quid aliud convenerit. Caſum non præſtandum, qui nec ullo alio iudicio præſtatur. *L. quæ fortuitis, C. de pign. act. L. contractus*, in fin. *D. de regul. iur.* Sed & hoc cum hac exceptione, niſi mandatum ſuſceptum ſit hac conditione, ut res periculo eius ſit, qui mandatum ſuſcepit. *L. & Ariſton:*, 38. *D. mand.* Generaliter enim probandum eſt contractus ex conventione legem accipere. *d. L. contractus, de reg. iur. L. 1. §. si conveuit, D. depoſ.*

7) Duar. *d. C.* 2. bonam fidem in *d. L.* 10. non opponi dolo, ſed ſignificare quod æquum eſt. Contra fidem enim facit qui negligentius, & Pac. 4. Q. 83.

C A P. X I I.

Etiam mandatoris in mandato mutuam obligationem eſſe: Huius unam hanc præſtationem ſummam, ut mandato impleto, aut pro impleto habito præſtet mandator mandatario, quod huic propter mandatum abeſt. Et hoc quid ſit; ſeu quid hic primum a mandatario exigat; quid hoc ſubſecuto mandatori imponat.

Mandatoris illa præſtatio: ut impleto, aut quaſi impleto mandato, quod ea de cauſſa abeſt mandatario reſtituat, eumque præſtet indemnem. Tria in ea præſtatione. I.

1. *Mandati implementum. Hoc ex verbis & forma mandati æſtimatur.* II.

Ex verbis, ſi detur, aut fiat quod mandatum eſt. III.

Dandi mandatum incertum quatenus impleatur. IV.

Ex forma, ſi ea fuerit diligentiſſime ſervata. V.

An qui mandati ſummam exceſſit, aut infra eam conſtitit, mandatum impleverit? Sabini & Proculi contraria opinione indicata, poſterioris ſententia præfertur. VI.

Quæ prioris indicatæ quæſtionis partis definitio. VII.

Quæ rurſus poſterioris diſtinctione temperata deciſio. VIII.

Mandatum pro impleto habetur ratihabitione, vel ſine. Quæ modi poſterioris exempla. IX.

Ratihabitione quomodo. Quid ſi illa inutilis; & quando talis. X. XI.

2. *Quod abeſt mandatario mandati cauſſa; quid & quatenus abeſſe quidquam intelligatur.* XII.

Mandati cauſſa abeſſe impendia & damna propter mandatum facta vel accepta. XIII.

Impendia rite facta reſtitui. Et quæ ſint talia. XIV.

Item damna, ſed quæ contigerint mandati cauſſa dumtaxat; & quæ eiuſmodi. XV.

3. *Procuratoris indemnitas: & quatenus illa præſtetur.* XVI.

I. Atque hæc mandatarii obligatio eſt. Eſt etiam contra ſua obligatio mandatoris ex hoc contractu. In hac ſunt ea, quæ viciſſim mandator ei qui mandatum ſuſcepit, præſtare debet. Huius autem obligationis præſtatio una eſt. Eius hæc ſumma; ut si quid mandatario propter mandatum abeſt, id omne mandato impleto, aut perinde habito quasi impletum eſſet, mandator illi reddat, eumque indemnem præſtet. Sed multa continet hæc definitio, quæ ſparsim ſcriptis veterum ſub hoc titulo, indicantur verius, quam explicantur. De quibus ita liquebit, si partibus huius definitionis propositis, quid unaquæque contineat, ordine cognoſcemus. Complectitur autem hæc definitio in ſumma, huius obligationis & præſtationis cauſſam; tum rem quæ hic præſtanda eſt. Cauſam voco ea, quæ locum faciunt huic

præ-

præſtationi & petitioni mandatarii; ſeu quæ antecedere oportet, prius quam quidquam hic petere poſſit mandatarius a mandatore. Ea tria ſunt. Primùm, ut impletum ſit mandatum, aut perinde habeatur, quaſi impletum eſſet. Proximum, ut mandatario quid abſit. Tertium, ut abſit propter mandatum.

II. Principio ita ſtatuendum eſt, ut ſit mandatario de eo quod ei abeſt, adverſus mandatorem ulla actio, ante omnia mandatum impleri oportere. Mandato non impleto, nihil mandatario ex cauſſa mandati deberi, nec habere eum, quod poſſit eo nomine cum mandatore agere. *L. ſi mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Is implet mandatum, qui id facit, quod mandatum eſt. Quod an ita factum ſit, ex verbis & forma mandati æſtimandum eſt.

III. Id enim mandatum eſt, quod verbis mandati continetur. Et omne mandatum in eo eſt, ut aut fiat quid, aut detur. Si ut quid fiat, mandatum ſit, tum impletum mandatum intelligitur, cum id factum eſt, placetque exinde mandati actionem eſſe mandatario, quanvis nihil dum eo nomine dederit. Si ut detur, non prius videtur mandatum impletum, nec placet prius cum mandatore agi poſſe, quam mandatarius dederit, utcumque priusquam daret, obligarit ſe in eam ſummam. Utputa, mandavi tibi, ut fundum mihi emeres, emiſti. Ages mecum ſtatim, etiam prius; quam pretium dederis: quia faciendi mandatum fuit: tu autem feciſti. Ages autem, ut ſuſcipiam in me obligationem. *L. ſi mandatu*, 45. in pr. *D. mand.* Contra, ſi mandavero tibi, ut creditori meo ſolvas, tuque expromiſeris; nondum tibi actio eſt, niſi condemnatus fueris: ſcilicet quia mandatum fuit dandi; nondum autem dediſti, *ead. L. ſi mandatu*, 45. *§. ſed ſi mandavero, mand.*

IV. Quid, ſi mandatum dandi ſit incertum, puta de re aut ſumma in certa danda, cuius electio ſit mandatarii? Id mandato contineri intelligitur, ut eam ſive rem, ſive ſummam eligat mandatarius, qua minima ad mandatum exſequendum defungi poteſt, quod mandatori commodum ſit. Proinde cum id fecit, mandatum implevit, & hactenus mandati habet actionem. Qui ſecus facit, ultra id, quod minimum eſt, actionem non habet. Veluti, ſi quis pro eo ſpoponderit, qui ita promiſit, ſi Stichum non dederis, centum millia dabis? & Stichum redemerit vilius, & ſolverit, ne centum millium ſtipulatio committeretur. Quo exemplo Paulus utitur in *d. L.* 45. Aut ſi fideiuſſor, qui ſine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum ſpoponderat, quodvis triticum dederit, dum modo id, quo peſſime ſe a ſtipulatore liberare potuit. *L. fideiuſſorem*, 52. *eod.*

V. Quæ cum ita ſint, apparet eum mandatum non implere, qui aut nihil gerit, de quo conſtat: aut ſi quid, facit aliud, quam mandatum eſt. Nam aliud non eſt idem. *L.* 5. *D. mand.* Ideo placuit ei, qui aliud fecit, tanquam non impleto mandato non eſſe impenſæ repetitionem. Veluti, si domum Seianam emere rogatus, emerit Titianam, quanvis forte meliorem & minoris pretii, *d. L.* 5. in princ. *mand.* Idque eſt, quod aliis verbis definit Paulus in *ead. L.* 5. diligenter fines mandati [1] cuſtodiendos eſſe: qui exceſſit, enm aliud quid facere videri.

VI. Quo iure poſito, & generaliter recepto inter omnes veteres, cœpit quæri, quando videretur factum eſſe idem, aut aliud, ut hinc iudicari poſſet de mandati actione. Conſtititque dubitatio in hac ſpecie, ſi quis cum rogatus eſſet quid facere ad certam, præſcriptamque ſummam, fecerit quidem, ſed ita, ut aut excederet eam ſummam, ant intra minorem conſiſteret. Veluti, si quis uſque ad centum aureos mandaverit alicui, ut fundum emeret, vel pro Titio ſponderet: & is emerit quidem eumdem fundum, ſed pluris aut minoris: ſpopnnderit pro Titio, ſed in minorem, ant maiorem ſummam. [2] Sabino & Caſſio placebat, nullam ex hac cauſſa mandati actionem eſſe,

1) Vid. Agell. 1. *Noct.* 13. Mnzz. *Col.* 4. *de Naturalib.* *n.* 6. *& ſeqq.* Tiraq. *Tr. de Iudic. in reb. exig. ſer.* verſ. *octuageſimo ſeptimo*. Cuiac. 12. *Obſ.* 34. ubi ſimilem legem ex Tragedia Sophoclis refert. Et hanc licentiam tranſcendendi limites notavit Ovid. *Lib.* 1. *de Arte*. Inde Procurator nimium quoque multa procurat. Et ſibi mandatis plura videnda putat. Sub ſpecie amicitiæ, ait enim ſic per amici nomen fallere frequens eſſe: mandatarii enim amici dicuntur *L.* 1. *§ ult. h. L.* 56. *de neg. geſt. L.* 23. *de reb. auct. iud. L.* 1. *Quib. mod. pig.* Cic. *pro Roſc.* Nec quiſquam, ait, fere mandat niſi amico. Quid ſi mandatum non ſit finibus circumſcriptum? Reducendum ad præſumptam mandantis voluntatem, eiuſque utilitatem, nec quidvis agere licet, ſed bona fides non definitum definit, per *L.* 35. *L.* 46. *L.* 60. *§. ult. h.* Vult. *in* §. 8. *I. h. t. n.* 2.

2) Quos mera iuris ratione niti vult Cuiac. 12. *Obſ.* 34. Quia enim ſic exceſſit fines, mandator non habet actionem contra mandatarium rei recipiendæ cauſſa, etſi paratus ſit ſuperfluum, quod plus dedit, mandator, ſolvere; quia ſola ratihabitio nihil agit, ſed concurrat neceſſe eſt utriuſque conſenſus. Utique nec mandatario debet actio dari contra mandatorem. Quare enim ex humanitate detur actio iuxta Proculi ſententiam, mandatario; dabitur & mandatori utilis actio ad rem recipiendam ſi ratum habeat etiam altero invito. Ita Cuiac. Quæ vix probanda. Nam quin eo caſu quo ratum habet mandator id in quo exceſſit procurator, ſit actio contra mandatarium & quidem directa, puto nec Sabinum & Caſſium dubitaſſe, quando ſcilicet, antea illius nomine & mandati implendi cauſſa geſtum eſt. Neque tum deficit alterutrius conſenſus.

Digitized by Google

ſe, ut refertur in §. *is qui, Inſtit. de mand.* Non dubium, quin ideo, quod putarent aliud factum eſſe, quam mandatum erat: proinde non id quod mandatum eſt. Nervæ & Proculo contra viſum eſt ut plurimum in utramque partem eſſe actionem mandatario in eam ſummam, quæ in mandato inerat: hoc in *d.* §. *is qui, Inſt. de mand. L.* 3. in fin. *iuncta. L.* 4. *D. eod.* & recte, tanquam ſcilicet ad eam ſummam impleto mandato: quod ex ſubiectis exemplis poſtea patebit. Quæ & propterea ſententia, ut benignior, obtinuit, ut refertur in ſupra ſcriptis locis.

VII. Sed quoniam dixi, hoc ita eſſe ut plurimum, id quale ſit, explicandum eſt. De eo autem ſic habendum: quoties procurator in ſpecie propoſitam definitam ſummam exceſſit, toties in eam quæ mandato expreſſa eſt, habet actionem, & vice mutua de eo quod ex ea cauſſa ad eum pervenit, tenetur mandatori; ut puta, mandavi tibi, ut fundum centum emeres; emiſti centum & viginti. Placet uſque 3 ad ſtatutum pretium ſaltem te acturum. *L.* 3. in fin. *L.* 4. *D. mand d.* §. *is qui. Inſt. eod.* Quid ni vero uſque ad pretium ſtatutum? Nam & hactenus mandatum impletum eſt. Quippe de centum mandatum erat: & qui centum ac viginti impendit, eum certe verum eſt centum iuxta mandatum impendiſſe. Quod amplius eſt, quia eſt extra mandatum inutiliter adiectum intelligendum eſt, ut quidem mandatori noceat. Non debet autem utile per inutile vitiari. *L.* 1. §. *pen. D. de verb. obl.* Ac faciamus, inutile illud omnino adiectum non eſſe. Hic nemo dubitet, quin omni ex parte impletum ſit mandatum. Atqui iam effectum eſt, pro non adiecto id habendum. Quod tantumdem valet. Idem multo magis dubitaret, quin omni ex parte impletum eſſet mandatum. Idem multo dixerimus, ſi rogatus in certam ſummam fideiubere, in ampliorem fideiuſſeris. *d.* §. *is qui. de mand.*

VIII. Quod ſi mandatarius ſubſtiterit infra ſummam præſcriptam, diſtinguendum eſt; ut ſi quidem ſine incommodo mandatoris id fiat, mandatarius eatenus habeat actionem, quatenus impendit. Si non poſſit fieri ſine mandatoris incommodo, in totum nulla ſit actio mandatario, ne ad eam quidem ſummam, quæ impenſa eſt, & mandato inerat. Exempla hæc ſunt: Mandavi tibi, ut fideiuberes. Si in minorem ſummam te obligaſti, nihilominus quaſi expleto in eam ſummam mandato, & teneris mihi, & tu adverſus me habes actionem. *L. rogatus*, 33. *D. mand.* At quomodo impleto mandato, cum id totum non perfeceris, quod mandaram? Quia cum mandavi, ut fideiuberes pro me in viginti, etiam mandavi, ut fideiuberes in decem: quoniam in viginti inſunt bis decem, & generaliter in maiori ſumma minor: ut eſt in *L.* 1. §. *pen. D. de verbor. oblig.* Ita qui fideiubet in decem, hactenus ſaltem implet mandatum, quia & de his velut ſeparatim mandatum erat. Sed & hoc, quod quis pro me fideiubet in minorem ſummam, hactenus ſaltem mihi prodeſt; ultra vero nihil nocet, quia & ſine ea fideiuſſione in reliquam partem non minus eſſem obligatus. Ut veriſimile ſit me de viginti mandando in ſingulas partes eius ſummæ admiſiſſe fideiuſſionem. Contra ſi mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris: placet nihil hic de mandato impletum videri, ne in nonaginta quidem, ideoque ſi tu fundum tradideris, me nihilominus fundum petere poſſe, nec obſtaturam mihi mandati exceptionem, niſi & 4 reliquum mihi quod deeſt mandatu meo, præſtes, & indemnem me per omnia conſerves. *L.* 5. §. 3. *D. mand.* Et recte. Nam ſi emptor poſtulat totum fundum ſuum fieri, intereſt mea, ne fiat eius minore pretio, quam volui. Quod ſi is paratus ſit pro portione pretii mandati partes fundi retinere, & pro eo quod deeſt, partem fundi mihi communem relinquere; hic multo magis intereſt mea, ne id fiat. Quia nec reliquam eam partem facile poſtea poſſum vendere: & periculoſum eſt venire cum alio in communionem propter diſcordias, quas materia communionis ſolet excitare. *L. cum pater*, 77. §. *dulciſſimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob cauſſam etiam nemo invitus ad eam communionem compellitur. *L. ſi non ſortem*, §. *ſi centum*, *D. de cond. ind.*

IX. Interdum quamvis non impleto mandato agere poteſt mandatarius, ſed tunc, cum perinde habetur mandatum quaſi impletum eſſet. Quod ſit alias ſine ulla mandatoris ratihabitione, alias ratihabitione ſecuta. Etiam nulla ratihabitione mandantis

ſus. Voluit enim mandato parere qui geſſit, & in idem tempus ex vi ratihabitionis quæ retrotrahitur, concurrere cenſetur voluntas mandantis etiam ratione eius, in quo fines mandati exceſſi ſunt.

3) Nunquid autem ad reliquum actio negotiorum geſtorum? Negat Hopper. *Lib.* 5. πιθανῶν *pag.* 180. quia qui mandatum finibus certis circumcludit, reliqua, quæ extra fines iſtos poſita prohibere videtur. Ergo per *L.* 40. *h. t. & ſimil.*

4) Vid. Cuiac. *in not.* 2. *ſent.* Pauli 15. §. *ult.*

tis interveniente, mandatum non impletum pro impleto habetur, cum mandatarius cœpit exſequi mandatum, & caſu factum eſt, quominus perficeret. Veluti, ſi dum in itinere aliquid impenderit mandati exſequendi cauſſa, & in eo itinere deceſſerit: aut ſi miſſus ad fundum emendum a Titio, ideo non emerit, quia Titius nollet vendere: aut ſi miſſo eo ad vendendum nemo exſiſtat emptor. In quibus cauſſis placet nihilominus quod ante impenſum erat, id mandatario aut heredi eius præſtari debere. *L. qui mutuam*, 56. *§. ult. D. mand.* Quaſi ſcilicet mandato impleto, quod quominus impleretur, per mandatarium non ſtetit. Receptum ideo, ne quod damnum ſentiat mandatarius propter mandatum.

X. Ratihabitio autem ſecuta eius, ad quem res pertinet, de qua agitur, id efficit, ut quod mandatum impletum non eſt, ſemper pro impleto habeatur. Veluti, si rogatus, ut mihi domum Titianam emeres, tu aliam emeris, & ego ratam habeam. Plus dicimus, ratihabitionis hanc vim eſſe, ut quanvis cui nihil mandatum sit omnino, ſi tamen meo nomine quid fecerit, & ego ratum habeam, perinde id ſit, quaſi ego mandaſſem: neque id quovis modo, ſed ut iam tum etiam videar mandaſſe, cum factum eſt, non ex quo tempore ratum habui. Utrumque ſignificatur regula veterum, quæ in ius certum abiit, ratihabitionem mandato comparari: quæ regula multis locis conſtanter tradita eſt, ut *L. vero*, 12. in fin. *D. de ſolut. L. hoc iure*, *§. 1. D. de reg. iur. L. 1. § quoties*, in fin. *D. de vi.* Additur amplius, ratihabitionem mandato ita comparari ut retro trahatur ad id tempus, quo res geſta eſt, quæ ratihabitione comprobatur. Confirmatum nominatim conſtitutione Iuſtiniani in *L. ult. C. ad ſen. Mac.*

XI. Sed monendi ſumus hoc de utili ratihabitione dictum eſſe. Nam quæ inutilis eſt, nulla eſt. Neque vero poteſt ratihabitio dici mandato comparari, quæ non eſt. Accidit autem tribus in cauſſis, ut non valeat, vel potius ut nulla ſit ratihabitio: totidemque modis fit, ne mandato comparetur. Accidit primum in ſervo herede inſtituto, hereditatem ſine iuſſu domini adeunte. Placet hunc ita nihil agere, ut nec si dominus poſtea ratam aditionem habeat, ratihabitione eius aditio confirmetur. *L. 6.* in pr. *L. ſi quis mihi bona*, 25. *§. iuſſum*, *D. de acq. her. L. ſervo*, 65. in princ. *D. ad Treb.* nempe quia ea aditio nulla fuit. Ac cur nulla ſit, oſtendimus ſupra, cum de hereditate & bonorum poſſeſſione acquirenda ageremus. Idem evenit, cum quis ſuo nomine geſtum tunc ratum habet, cum mandare non poteſt. Nam ſi ratihabitio nihil habet amplius, quam ut mandato comparetur, non poteſt uſque ibi valere, ubi mandatum valere non potuit. Unde si quis bonorum poſſeſſione ſibi delata, eademque ab alio eius nomine recte petita, tunc petitionem ratam habeat, cum eam iam petere non poteſt, placet ratihabitionem nihil agere. *L. ult. D. rem rat. hab.* Sed & tunc ratihabitio nullius momenti eſt, cum quis comprobat id, quod geſtum mutari non poteſt. Eius eſt enim nolle, qui poteſt & velle, & contra. *L. 4. L. ſi quis extraneus*, 21. *§. 1. D. de acq. her.* Atque hinc eſt, quod placuit, eum patrem, cuius iuſſu filius, quem in poteſtate habet, viduam uxorem duxit ante finitum diem luctus, infamia notari: ſi autem nuptias iam contractas ratum id factum habeat, non notari. *L. quid ergo* in pr. *D. de his qui not. inf.* Cur enim notetur comprobando, qui rem etiam ſi vellet, mutare non potuit?

XII. Hæc de impleto mandato, eove quod pro impleto habeatur, ſatis. Secundum exigimus ad ſuperiorem præſtationem mandatoris, ut mandati cauſſa aliquid abſit mandatario. Sumptum ex fine eius obligationis qua mandator tenetur, quæ ut ſupra indicavi, eo ſpectat, ne quod damnum mandatarius propter mandatum patiatur. *L. ex mandato*, 20. *D. mand.* Eſt autem damnum, ſi quid mandatario abſit de patrimonio. *L. 3. D. de mand. inf.* Unde illud negatum in perſona fideiuſſoris, illi mandati actionem competere liberato reo, niſi quid agenti abſit, ac propterea quæſitum, quando abeſſe intelligatur pecunia fideiuſſori. *L. inter*, 26. *§. abeſſe*, *D. mand.* Abeſſe autem quid procuratori intelligitur, ſive quid impendit, amiſitve, ſive alieno nomine ſe obligavit; illic pecunia, hic libertas, quæ neceſſitate ſolvendi ſuſcepta, amiſſa eſt. Unde & utroque nomine agi poteſt. Ad quid, dicetur poſtea in extremo.

XIII. Non eſt ſatis procuratori quid abeſſe. Etiam propter mandatum, ſeu mandati cauſſa abeſſe oportet. Propter mandatum, & mandati cauſſa abeſſe intelligitur, cuius amittendi nulla alia cauſſa eſt, quam mandatum, cuius etiam cauſſa officium gerendi eſt ſuſceptum. Nam & hoc modo deſcribuntur ea, quæ dicuntur depoſita tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſſa. *L. 1. §. 2. D. depoſ.*

Digitized by Google

poſ. Huius generis in mandato ſunt duo, impendia, & damna propter mandatum contingentia.

XIV. De impendiis ita placet, impendia & ſumptus mandati exſequendi cauſſa factos, ſi bona fide facti ſint, [5] reſtitui procuratori omnimodo debere. *L. ſi quis alicui*, 27. §. *impendia*. *L. qui mutuam*, 56. §. *ult. D. mand. L.* 4. *C. eod.* Exſequendi mandati cauſſa impendi intelligitur, quod ad id exſequendum impendere neceſſe eſt, ſeu quod ad id exſequendum impenditur neceſſario. Id autem eſt, ſine quo mandatum impleri non potuit. Unde qui ſumptus exſequendi mandati cauſſa facti dicuntur a Caio in *d. L. ſi quis alicui*, §. *impendia*. Hi in eadem re dicuntur a Papiniano ſumptus neceſſario facti in *d. L. qui mutuam*, §. *ult.* Bona fide factos, intelligere debemus, cum quantum minimum in rem mandatam impendere procurator potuit, tantum impendit, non amplius. Quod eo pertinet, ut ſi plus impendit, tanquam contra bonam fidem impenſum non repetat: ut, ſi ſine adiectione bonitatis triticum pro altero fideiuſſor ſpoponderit; placet eum non aliud triticum repetere poſſe, quam quo peſſimo liberare ſe a ſtipulatore potuit propter electionem dandi iure illi tributam. *L. fideiuſſorem*, 52. *D. mand.* Sed ut quod minimum impendere procurator potuit, id impendat, ſatis eſt. Proinde ſi id fecerit, non erit ei fraudi, si is qui mandarat, potuiſſet, ſi ipſe negotium gereret, minus impendere vel propter gratiam, qua valebat, vel propter præſentes rerum commoditates, quibus procurator caruit, *d. L. ſi quis alicui*, 27. §. *impendia*, *mand.* Ut illo modo mandati exſequendi cauſſa impenſum ſit, ſolum exigimus, *d. §. impendia*. Quapropter quod ita impenſum eſt, ſive negotio finem impoſuit procurator, ſive ideo non impoſuit, quia non poſſet, reſtitui oportet, *d. L. qui mutuam*, 26. §. *ult. mand.* Sed nec diſtinguemus, utiliter geſtum fuerit, & ex animi domini ſententia, an vero [6] inutiliter; dum ex mandato geſtum ſit, & bona fide, ut ſi procurator ad litem exercendam datus ſumptus in litem neceſſarios fecerit, ſed reportaverit contrariam ſententiam. *Species L. 4. C. mand.*

XV. Damna quæ inter exſequendum mandatum contigerunt, non omnia præſtanda ſunt procuratori; ſed ea ſolum, quæ & ipſa per cauſſam mandati contigerunt, non aliunde. Cuius generis ſpecies ſunt duæ. Aut enim a re ex mandato commiſſa accidunt: aut extrinſecus in iis rebus, quæ mandati exſequendi cauſſa paratæ erant. A re ex mandato commiſſa, quæ accidunt, omnia præſtanda, ſi mandator prævidere potuit, mandatarius ignoravit, neque eſt præmonitus ut caveret. Veluti, ſi mandatu meo aliquem ſuſceperis domi tuæ, ut eum aleres, & cum ſcirem non eſſe admodum bonæ famæ, tu ignorares: ego te non monuerim, atque is tibi furtum fecerit. *L. inter*, 26. §. *pen. D. mand.* Extrinſecus contingentia ea ſolum præſtanda eſſe placet, quæ contingunt in iis rebus, quas habuit procurator mandati exſequendi cauſſa, non aliter habiturus aut amiſſurus. Cætera quanvis in mandato exſequendo contingentia mandatori non imputari. Utputa, cui mandatum erat, ut fundum emeret, eo proficiſcens ubi emere debuit, pecuniam ſecum ſumpſit neceſſariam ad eam emptionem, & in itinere incidit in latrones, ubi non ſolum illam pecuniam amiſit, ſed & alia pleraque ſua: aut languore ſuo ſuorumque correptus quædam erogavit. Dicemus nihil amplius ei præſtari debere, quam eam pecuniam quam [7] mandati cauſſa impenſurus erat: cætera magis caſibus fortuitis, quam mandato imputanda. Hoc in *d. L. inter*, 26. §. *non omnia. mand.* Et merito: quia ſolum propter mandatum dici poteſt pecunia amiſſa ea, quæ mandati cauſſa ſumpta eſt.

XVI. Cauſſam tenemus præſtationis eius, quæ a mandatore eſt: in qua eſt tempus illud, cum mandatarius poſſit cum mandatore eo nomine agere. Quid hic mandator præſtare debeat mandatario, quod ſecundum in ſuperiore definitione erat, videamus. Et iam dixi id in hac parte, ut procurator indemnis præſtetur. *L. ex mandato*, 20. in princip. *D. mand.* Proinde ut præſtetur quod ei abeſt. *L. inter*, 26. §. *abeſſe*. *D. eod.* Et recte:

5) Item uſuræ eius pecuniæ, maxime ſi eam aliunde ſumpſit mutuo, quam reperire non potuit ſine uſuris *L.* 1. *C. h. ubi* Don. *n.* 3. At uſuræ non debentur ſine conventione vel mora. Reſp. Hic non præſtantur ut uſuræ, ſed ut res principalis, ceu id quod mandatario abeſt.

6) Nam hic mandatori non fit iniuria, nec fraudatur qui conſenſit. Secus in negotiis geſtis, quia ibi nulla gerendi cauſſa, niſi utilitas negotii. Conſilium autem gerentis, quanvis bona fide & ſedulo acceſſerit, non poteſt alteri eſſe damnoſum *L.* 39. *de neg. geſt.* Don. *ad d. L.* 4. *n.* 4. Non obſtat *L.* 5. §. 6. *ind. ſolut.* Ideo enim ibi expenſas litis non recipit fideiuſſor, quia iuſſus erat fideiubere non litigare, exceſſitque fines mandati per §. *præced.* Pac. 4. Q. 95. alter Coſtal. *in L.* 10. *de neg. geſt.*

7) Hinc inferunt legatis quæ amiſerunt in itinere equos &c. non eſſe reſtituenda de publico, ideoque ſuadent ut priuſquam ſe in viam dent res ad profectionem neceſſarias de publico poſcant, Mozz. *Col.* 4. *de Natural. n.* 25.

ſte: eſt enim æquiſſimum ita in mandato ſuſcipi officium gratuitum alieno nomine, ut tamen gerenti officium non ſit damnoſum, *d. L. ſi ſervus*, 60. §. *quod vero*, *D. de furt.* Sed id quod abeſt ſolum præſtandum procuratori, nihil præterea. Meminerimus enim mandatum eſſe gratuitum. *L.* 1. in fin. *D. mand.* Quod eam vim habet, ut ne quid procurator pro opera tanquam mercedem operæ poſſit exigere. Quoniam autem ſupra quoque diximus procuratori abeſſe poſſe duo, quorum nomine cum mandatore agi poſſit; pecuniam propter mandatum impenſam, amiſſamve; & libertatem obligatione ſuſcepta infractam: hic iam quærendi locus eſt, quæ harum rerum nomine petitio ſit ad mandatarii indemnitatem. Et pecunia, quæ abeſt, ipſa petitur. De obligatione, qua ex mandati cauſſa ſe obſtrinxit procurator, ita agit. Petit, ut mandator eam in ſe ſuſcipiat, ipſe procurator liberetur. Sic enim præſtatur indemnis, ſublata ea neceſſitate ſolvendi, qua prius tenebatur, *d. L. ſi mandatu*, 45. in princ. §. *quoties mand.* Quod, ſi mandator in ſe non transferat obligationem, aut aliter mandatarium non liberet, nempe id fiet, quod in omnibus faciendi obligationibus, ut teneatur, condemneturve mandator in id, quod mandatarii intereſt. *L. ſi quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud. L. ſtipulationes non dividuntur*, ver. *Celſus*, *D. de verb. obligat.* Sed quid hic mandatarii intereſt, dicat aliquis, cum nondum ei quidquam abſit de patrimonio? Dicimus id ei abeſſe videri, in quo obligatus eſt. *L. ſi quis mandatu*, 28. in fin. *D. de negot. geſt.* ſcilicet, quia id præſtare neceſſe habet ex definitione obligationis. *Inſt. de obl.* ut iam perinde ſit, quaſi præſtitiſſet, in quo per mandatorem ſtet, quominus liberetur.

CAP.

C A P. XIII.

De fideiuſſore, qui mandatu alterius fideiuſſit, propria tractatio: in qua duo quæruntur: Primum, an priuſquam ſolvat, agere poſſit cum mandatore, ut liberetur. Deinde an & tunc, cum ſolvit, ſtatim habeat actionem.

Rerum nexus, & affinitas. I.
De repetitione eius quod fideiuſſori abeſt quæſtio duplex; & quæ. II.
Prioris illa definitio: fideiuſſor antequam ſolverit, aut ſatisfecerit, non poteſt agere mandati, ne eo quidem ut liberetur. III.
Contrariis occurritur. IV.
Excipiuntur iuſtæ quædam cauſſæ, ex quibus & ante ſolutionem poteſt ille petere liberationem. Quinque huius generis, & quæ. V. VI. VII. VIII. IX.
Poſterioris hæc definitio: fideiuſſor, ſi pro debitore ſolverit & ſatisfecerit ita ut pecunia ſibi iſto nomine abſit, recte aget adverſus illum mandati, denuntiatione ſolutionis rite facta. X.
Primum *illud; ſi pro debitore ſolverit & ſatisfecerit tria habere* 1. *factum pro debitore. Quid iſtud, & quibus in rebus verſetur*. XI.
2. *Factum pro debitore vere obligato*. XII.
Quibus vero de cauſſis reus non obligatur, ſi ſciens fideiuſſor omiſſa pro reo defenſione ſolvat, non repetit. Cauſſæ tres eiuſmodi & quæ. XIII. XVII.
Fideiuſſor adverſus exceptiones conventus aut monere debitorem debet ut iudicium ſuſcipiat, aut ipſe litem perſequi tamquam ſuam. XIV.
Ideoque exceptionibus uti reo competentibus, non propriis. XV. XIX.
Et illis ita, ſi non ad apices iuris pertineant; & quæ huiuſmodi. XVIII.
Item appellationem proſequi ſuis ſumptibus, niſi iuſta cauſſa excuſet, & quæ iſta. XVI.
3. *Factum quod debitori liberationem afferat*. XX.
Secundum: *Si pecunia fideiuſſori abſit iſto nomine requirere pecuniæ damnum in fideiuſſore ſive iſta abſit facto ipſius, aut extranei, aut creditoris*. XXI.
Facto ipſius quomodo. Quotuplex hic fideiuſſoris factum; & quale unumquodque. XXII.
An, debitore delegato qui non ſit ſolvendo, recte mandati agat fideiuſſor, quaſi ei abſit pecunia. XXIII
Facto extranei, ſi hic fideiuſſoris nomine ſolvat creditori, etiam hoc animo ut fideiuſſori donatum velit; & quomodo. XXIV.
Facto creditoris, ſi aliquo huius facto, & beneficio liberetur fideiuſſor, tria id genus facta; & quæ. XXV.
1. *Translatio hereditatis in fideiuſſorem. Hæc quomodo liberationem adeoque mandati actionem fideiuſſori tribuat*. XXVI.
2. *Dotis permutatio. Hoc quale, & quatenus ex ea mandati actio fideiuſſori*. XXVII.
3. *Acceptilatio. Quid hæc; & qui huius effectus. An omnis ex ea liberatio fideiuſſori actionem mandati afferat; & quæ hic habenda diſtinctio*. XXVIII.
Tertium: *Denuntiationem ſolutionis debitori faciendam. Et quæ fideiuſſori pœna ſi ſecus fecerit; & qua actione ſolutum repetat actione mandati denegata*. XXIX.

I. EX his quæ de ſuperiore obligatione mandatoris, & iure mandatarii dicta ſunt, nata quæſtio eſt de Iure fideiuſſoris in repetitione eius, quod illi propter fideiuſſionem abeſt. Nam & hic ut plurimum ad fideiuſſionem accedit alterius mandatu, alias debitoris, alias extranei rogantis, ut pro debitore fideiubeat. Unde & quod fideiuſſor pro reo ſolverit, eius recuperandi cauſſa habere eum mandati actionem ſcriptum eſt in §. *penult. Inſt. de fid.* ut dubitari non poſſit, quin hæc fideiuſſoris præſtatio ad obligationem mandati pertineat.

II. Quæritur igitur, quid de repetitione eius ſervari oporteat: utrumne omnia ſecundum ea, quæ de hac parte obligationis mandati modo diximus: an potius ali-

aliquid ſit huius proprium. Quorum utrumque cum in repetitione fideiuſſoris parum ſit expeditum, ideo huius perſona in hac parte proprium tractatum deſiderat. Ex quo tam multa de eo tractata legimus ſub *Titulo mandati*, *D.* Eſt autem de eo duplex quæſtio. Una, an & priuſquam ſolvat, agere poſſit, ut liberetur. Altera, an & tunc cum ſolvit, ſtatim habeat actionem, & quid in eo deſideretur.

III. Quæ omnis fere quæſtio eſt illa quidem in eo, quando fideiuſſor mandatum fideiuſſionis impleſſe videatur. Impleto enim mandato ex quo ei quid abſit, conſequens eſt ſuperioribus eum mandati actionem habere; non impleto, aut non ita impleto, ut ei quid abſit, nihil ei deberi. Sed hoc ipſum, quando impletum ſit, ſive nondum ſolverit, ſive ſolverit, dubitationem habet, neque una definitione certa continetur. Ac de eo, qui nondum ſolvit, primum conſideremus. In quo regulariter ita traditum eſt, fideiuſſorem priuſquam ſolverit, aut ſatisfecerit pro debitore, mandati adverſus mandatorem agere non poſſe, ne ad hoc quidem, ut liberetur. *L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand. L. ſi pro ea. C. eod.*

IV. Atqui ante poſuimus procuratorem de eo, quod ſibi abeſt, recte agere, impleto mandato. Cum autem faciendi mandatum fuit, etiam tunc mandatum impletum videri, cum id fecit, quod mandabatur. Hinc evenire, ut ſi ex ea cauſſa mandator ſe obligarit, ultro habeat actionem adverſus mandatorem ut liberetur, quæ omnia indicantur in *L. ſi mandatu*, 45. in princ. & §. *quoties*, *D. mand.* Iam vero fideiuſſorem hoc ipſo quod fideiubet, conſtat ſe obligare ex mandati cauſſa, & eſſe in eo, quod pariter illi abſit. Et cur non etiam ex ſuperiore definitione mandatum videatur impleſſe, ſimulatque ſe obligavit? faciendi enim tantum mandatum fuiſſe videtur, cum ei mandatum eſt, ut fideiuberet. Id quod tunc videtur impletum, cum fideiuſſor pro alio ſe obligavit, ut omnes contractus recte dicuntur facti eſſe. *L. conſilio*, §. *ult. D. de curat. fur.* Et recte dicitur in cæteris contractibus mandatis factum tantum contrahendi mandatum videri, ut re a mandatario iuxta mandatum contracta, verum ſit impletum eſſe, quod mandatum erat, atque hinc eſſe actionem. *d. L. ſi mandatu*, in pr. *mand.* Sed hoc habet præter cæteros contractus fideiuſſionis mandatum, ut qui de fideiubendo mandat alicui, videatur mandaſſe, ut ſuo nomine ſolveretur. Hoc Celſus in *L. indebitam*, 47. *D. de cond. ind.* Et recte. Non enim ſimpliciter petitur a fideiuſſore, ut ſe obliget, ſed nominatim ut ſe obliget pro debitore, ut eſt *Inſt. de fideiuſ.* in pr. In quo nihil aliud petitur ab eo, quam ut perſonam totam debitoris in ea obligatione in ſe ſuſcipiat. Eſt autem hæc perſona debitoris, non ſolum ut ſit obligatus, ſed etiam [1] ut ſolvere debeat. Quare & hæc ipſa perſona mandari ei, & mandata ab eo ſuſcipi intelligitur. Quo efficitur, niſi ſolverit, non alia de cauſſa eum actionem non habere, quam quod mandatum nondum implevit.

V. Sed tamen non eſt perpetuum. Id ita temperandum eſſe placuit, niſi iuſta aliqua cauſſa intervenerit, quamobrem fideiuſſori concedatur etiam ante ſolutionem agere, ut liberetur. Huius generis cauſſæ [2] quinque ſunt; quatuor quidem receptæ ſine controverſia; de quinta dubitari poteſt; ſed tamen & ipſa vera eſt, nec minus a nobis recipienda. Et ut a notioribus progrediamur ad magis dubias, prima cauſſa eſt, ſi fideiuſſor ab initio ita fideiuſſionem ſuſcepit, ut poſſet debitorem & ante ſolutionem convenire. Expreſſa in *d. L. ſi pro ea*, *C. mand.* Hæc minorem dubitationem habet. Generaliter enim tenendum eſt contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L. 1. §. ſi convenit*, *D. de poſ.*

VI. Secunda cauſſa eſt, ſi fideiuſſor conventus iudicio [3] condemnatus eſt. Traditur

1) Reddi poteſt & hæc ratio, quia alias vix profutura debitori mandanti fideiuſſio, ſi confeſtim ea interpoſita agi poſſet, ut liberetur fideiuſſor, id eſt, ut ſalvatur creditori. Alia ratio eſt e nptionis *d. L. 45. in pr.* aliorumque contractuum. Prodeſt enim mandanti emptum eſſe fundum, ſuo nomine eo pretio quo emi voluit, etſi ipſi pretium exſolvendum.

2) Ita & noſter *ad L. 10. C. h. t.* Sed quatuordecim caſus refert Menoch *Arbitr. C. 41.* quorum tamen quidam his incluſi, quidam regulæ non convenire videntur, exceptis caſu quarto ſi ex neceſſaria vel utili, puta ſtudiorum, cauſſa abeſſe veſit fideiuſſor, & octavo in fideiuſſore, de iudicio ſiſtendo *L. 45. §. 3 h. t.* Sed Don. *ad d. L. 10. n. 4* eam §. non de fideiuſſore iudicio ſiſti loqui, ſed de eo qui ſolus promiſit, cum reus ipſe non promiſerit. Fideiuſſor enim promittit ſe ſtiturum reum, ſed aliter ut eſt *in L. 2. §. ult. Qui ſat. cog.* Alias inutilis fideiuſſio. Eadem enim obligatio fideiuſſoris eſſe debet, quæ principalis. At hic non promiſit ut a fideiuſſore ſiſteretur, ſed fore, ut ſe ipſum ſiſteret. Vid. & de his cauſſis Gomez. 2. *Reſol.* 13. *n.* 10. Gail. 2. *Obſ.* 29 Beuſt. *in L. admonendi* 31. *de iurei. n.* 234. *& ſeqq.* Coler. *de Proc. exſec. P. I C.* 10. *n.* 317. *& ſeqq.* Agitur autem ex his cauſſis, ad id ut debitor ſolvat, ſi nolit condemnatur ad intereſſe, Don ad *d. L.* 10. *n.* 15. Tanti vero intereſt, quanti eſt ſumma, in qua fideiuſſor obligatus *L.* 28. *de neg. geſt.*

3) Et nihil ei cur condemnatus imputari potuit, per ea quæ infra *h. C.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 8. vid. Menoch. *Arb. Caſ.* 41. *n.* 17. *& 3. ſeqq.*

Digitized by Google

ditur in *d. L. ſi pro ea, C. mand. L. Lucius*, 38. in fin. *L. ſi mandatu*, 45. *§. ſed ſi mandavero, D. eod.* Hæc cauſſa hanc rationem habet, quod etſi is, qui condemnatus eſt, non ideo magis ſolvit pecuniam, ſed tantum obligatus eſt, ut ſolvat, ut ante, quo nomine etiam tenetur iudicati: tamen inter priorem obligationem, quæ iudicatum præceſſit, & hanc iudicati, qua poſt condemnationem teneri cœpit, ad vim ſolvendi hoc intereſt: quod ex priori cauſſa potuit debitor tergiverſari, & ſolutionem differre ad iudicium provocando, ſed & condemnatus potuit appellare quanvis iniuria. Condemnatus autem, qui non appellavit, ſtatim neceſſe habet pecuniam ſolvere. Certe poſt tempora iudicati præciſe cogitur. *L.* 4. *§.* 1. *D. de re iudic.* Intra autem iudicati tempora nihilominus & iure ipſo tenetur; etſi humanitatis cauſſa tempus illi indulgetur, ſolutionis, ut eſt in *L. cum militi*, in fin. *D. de compenſat.* Hæc neceſſitas facit, ut qui iam non poteſt ſolutionem ullo prætextu differre, merito perinde habeatur, quaſi iam ſolviſſet. Nam etſi fideiuſſor conſiſtat intra tempora iudicati, non abs re tamen pudori eius parcitur, ſi velit etiam id ſpatium antevertere, ne videatur aut litigioſus, aut non habere unde ſolvat, aut creditori nocere velle.

VII. Tertia cauſſa eſt, ſi debitor bona ſua [4] dilapidare cœperit, aut in alia, aut luxurioſe vivendo, aut pecunias in exædificationes aut alias molitiones non neceſſarias profundendo. Tradita & hæc cauſſa diſerte in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. eod. d. L. ſi pro ea, C. eod.* Eius ratio reddita. *d. L. ſi pro ea*, quia hæc res fideiuſſori iuſtam metuendi cauſſam præbeat. Optima ratio & vera. Nam quod ad periculum attinet, quod hic metuitur, in promptu eſt. Facile enim fiet, ut debitor ſua diſſipando deſinat ſolvendo eſſe. Hoc vero periculum & ad fideiuſſorem pertinet, ſi cogitur ante ſolvere, quam debitorem conveniat. Nam & ipſe pecuniam ſolutam amiſerit, quam non poſſit poſtea a debitore inope conſequi. Hoc quæritur, an ei hoc periculum ſit amovendum. Ratio ſuperior efficit eſſe amovendum. Et recte: ſic enim procurator mandatum exſequi debet, ne quid tamen propter officium ſuum damni ſentiat. *d. L. ex mandato*, 20. in pr. *mand.* Quod cum illi in hac cauſſa præſtandi non poſſit certo, niſi rebus integris occurritur, ideſt hoc illi tribuitur, ut & ante ſolutionem poſſit debitorem convenire: merito etiam hoc illi æquitate huius iudicii tribui placuit.

VIII. Quarta cauſſa eſt, ſi diu reus in ſolutione ceſſaverit. Expreſſa in *d. L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Diu in uſu iuris accipimus non minus quam [5] decennio. *L. ſi cum fideicommiſſa, §. Ariſto, D. qui & a quib.* Habet hæc cauſſa eamdem æquitatem, quam ſuperior. Nam cum reus tandiu ceſſaverit, periculum eſt, ne aut aliquid machinatus ſit cum creditore in necem fideiuſſoris, quo ſcilicet totum onus obligationis derivetur in fideiuſſorem; aut iam nunc debitor non ſit ſolvendo. Cur enim tot annos ceſſat ſolvere? non eſt temere.

IX. Quintam cauſſam adiiciemus ſuperioribus, ſi [6] inimicitiæ capitales a debitore exortæ inter eum & fideiuſſorem intercedere cœperint, de qua cauſſa dubitari non oportet. Eſt enim hæc idonea, cur non cogatur fideiuſſor mandatum implere. *L. ſane*, 23. *D. mand.* Proinde tanquam qui non cogatur pro inimico ſolvere, iuſta illi cauſſa eſt, cur poſſit & ante ſolutionem cum debitore agere, ut liberetur. Sed & inimicitiis huiuſmodi intervenientibus, iuſtam metuendi cauſſam habet fideiuſſor, ne ſi ſolverit pro debitore, id non facile conſequi poſſit ab inimico, ut ante diximus. Quæ vel ſola ratio idonea eſt, cur fideiuſſor etiam hoc caſu poſſit debitorem convenire ante ſolutionem. *d. L. ſi pro ea, C. mand.*

X. Ac de eo fideiuſſore dictum eſt, qui nondum ſolvit. De eo qui ſolvit, ſatisfecitve pro debitore videamus. In quo quæritur, quid ſolvendi & ſatisfaciendi verbo contineatur in hac ſpecie, & numquid amplius deſideretur a fideiuſſore, ut ſit ei ex hac cauſa adverſus mandatorem actio. De quo ſic habendum eſt, fideiuſſorem, ſi a ſupra ſcriptis cauſſis quinque diſceſſerimus, ita demum adverſus debitorem mandantem aliumve mandatorem mandati actionem habere, si pro debitore ſatisfecerit, atque hæc ad ſatisſactionem acceſ-

[4]) Vid. Menoch. *d. Caſ.* 41. *n.* 13. *&* 3. *ſeqq.* Don. *ad d. L.* 10. *n.* 9. *& ſeq.* ubi ſcite quomodo hoc probandum ſit, & Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 13. *n.* 8.

[5]) Ita & noſter *ad d. L.* 10. *n.* 14. *& ſeq.* reprobans Bartoli opinionem, qui biennium vel triennium requirit, & Accurſius qui iudicis arbitrio id definiri vult, quia non expreſſum, nec male ut & Gomez. 2. *Reſol.* 13. *n.* 10. Menoch. *Arbitr. C.* 41. *n.* 4.

[6]) Ita & noſter *ad d. L.* 10. *n.* 20. *&* 3. *ſeqq.* Bartolum *in d. L.* 38. & cordatiores, ceu vocat interpretes ſecutus 1) per *d. L.* 23. (2) quia datur ob profuſionem ex ea ratione, quia iuſta metuendi cauſſa *L.* 10. *C. h.* Quæ & hic eſt. Requirit autem (1) Ut non ſint leves. (2) Ut earum cauſſa non nata ſit a fideiuſſore, alias eſſet in poteſtate eius ne ſolvere cogatur, adde ex Menoch. *d. Caſ.* 41. *n.* 23. ne ex delicto conditionem meliorem reddat.

acceſſerint, ut & pecunia abſit eo nomine fideiuſſori, & cum is ſolvit, denuntiaverit debitori, ne is iterum ſolvat.

XI. Ut pro debitore ſolverit, ſatisfecerit, exigimus. *d. L. ſi pro ea. C mand. d. L. Lucius, D. mand.* Quo verbo tria continentur: ut quid fecerit fideiuſſor liberandi debitoris cauſſa; ut fecerit pro debitore obligato; ut eo facto debitorem liberaverit. Omnis ſolutio & ſatisfactio facti eſt, comparata eo, ut debitor liberetur. De ſolutione quæ eſt naturalis rei debitæ præſtatio, non dubitatur. *L. ſolutam, D. de ſolution.* cuius vicem obtinet & pecuniæ obſignatio ac depoſitio invito creditore facta. Unde & hæc mandati actionem præſtat fideiuſſori. *L. qui mutuam*, 56. §. 1. *mand.* Satisfactio quæ fit voluntate creditoris, *L.* 1. *D. qui ſatiſd. cog.* & ipſa pro ſolutione eſt. *L. ſatisfactio, D. de ſol.* cuiuſmodi eſt, ſi fideiuſſor deleget creditori debitorem ſuum. Quo etiam facto ſtatim conſequitur fideiuſſor mandati actionem adverſus debitorem. *L. inter*, 26. *D. mand.* Nec quidquam intereſt, utrum hæc præſtet creditori fideiuſſor, an fideiuſſoris nomine alius. *L. ſi vero*, 12. in pr. *d. L. inter, §. ſi is qui. mand.*

XII. Non eſt ſatis ad ſolutionem ſatisfactionemve aliquid conſerre, aut facere liberandi debitoris cauſſa, niſi & ipſe pro quo ſolvitur, vere ſit debitor, ut dici poſſit ſolutum pro reo obligato. Non eſt enim ſolutio, niſi eius, quod debetur, *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in pr. nec ſolvitur obligatione quiſquam, niſi qui ante fuit obligatus.

XIII. Hinc placet, quot modis fit iure, ut reus pro quo fideiuſſor interceſſit, non debeat; totidem modis evenire, ut fideiuſſor ſi ſciens ſolvat, non repetat a debitore. Tribus autem modis id accidit. Uno, ſi iam ab initio quis non fuit obligatus, etſi putabatur; ubi & denegatur fideiuſſori ſolventi actio. *L. ſi fideiuſſor*, 29. §. *non male, D. mand.* Altero, ſi ab initio reus principalis obligatus ſolvit poſtea, ac nihilominus iterum fideiuſſor ſciens ſolvit. Ubi & illi denegatur actio. *d. L. ſi fideiuſſor, §. ſi cum debitor.* Tertio; ſi reus & debuit ab initio, & necdum ſolvit, ſed aliqua exceptione tutus eſt; puta pecuniæ non numeratæ, pacti conventi. Nihil enim intereſt, utrum quis ipſo iure non debeat, an vero teneatur ea actione, quæ exceptione infirmetur. *L. nihil intereſt, D. de reg. iur.* Quo fit ut ſi, omiſſa eiuſmodi exceptione, ſciens fideiuſſor ultro ſolvat, actionem mandati non habeat, *d. L. ſi fideiuſſor*, in prin. *mand.*

XIV. Quid ergo fiet, ſi fideiuſſor adverſus has exceptiones conveniatur nihilominus? Eſt illius omnia facere, quibus conſequatur, ne ſolvat. Ea ſunt duo, ſi aut debitor monitus ſuſcipiat actionem, aut fideiuſſor iudicium non detrectans ipſe utatur exceptionibus, & litem tanquam ſuam perſequatur. Quam etiam ob cauſſam exigitur in hac ſpecie a fideiuſſore horum alterutrum: ut aut ipſe conveniat debitorem, deſideretque, ut ipſe ſuſcipiat potius iudicium vel pro ſuo vel procuratorio nomine; quod ſi facit, ſecurus eſt: *L. idemque*, 10. §. *pen. D. mand.* aut niſi hoc fit, ſuſcipiat ipſe cauſſam agendam, eamque bona fide ad extremum perſequatur.

XV. In quo hoc exigitur ab illo non ſolum ut iudicium ſuſcipiat ab initio, & exceptionibus reo principali competentibus utatur: quod ſine dubio facere cogitur. *d. L. ſi fideiuſſor*, in pr. *mand.* Nam & hæ fideiuſſori competunt. *L. exceptiones quæ, D. de except. L. ex perſona, D. de fideiuſſ.* Sed etiam ut ſi exceptione uſus nihilominus iniuria iudicis condemnatus ſit, ipſe appellet, & litem appellationis ut priorem ſuis ſumptibus exſequatur. *d. L. ſi pro ea.* in fin. *C. mand. L. ſi procuratorem*, 8. §. *ſi ignorantes*, & §. *ſeq. D. eod.* Merito utrumque: fideiuſſoris enim cauſſa eſt, & exceptiones pariter fideiuſſoris, ut & debitoris. *d. L. ex perſona de fideiuſſ.*

XVI. Sic tamen placet eum damnatum appellare debere, niſi iuſta aliqua cauſſa excuſetur. Hanc excuſationem duæ res præſtant, eius denuntiatio, & paupertas. Denuntiatio, ſi in tempore ultro denuntiet debitori, ut ipſe si videtur, appellet. Paupertas, si ea tenuitate sit fideiuſſor, ut ſumptus litis appellationis ferre non poſſit. *L.* 8. §. *pen. mandat.* Quæ exceptio aperte confirmat id, quod ante poſuimus, si fideiuſſor ſumptum ferre poſſit per facultates, exigi ab eo, ut & appellet, & litem appellationis perſequatur ſuis ſumptibus.

XVII. Sed meminerimus, quod diximus fideiuſſorem quovis modo pro reo non obligato ſolventem mandati actionem non habere, dictum eſſe de eo, qui ſciens defenſionem & exceptionem omiſit. Si ignorans fecit, excuſata eſt eius ignorantia, niſi in iure erravit, *d. L. ſi fideiuſſor*, in pr. & §. 1. *mand.* Semper enim illuc redeundum eſt, nunquam in mandato debere procuratori damnoſum eſſe

offi-

Digitized by Google

officium ſuum, quod quidem ſine culpa eius fiat, *d. L. ſi ſervus, §. quod vero,* in fin. *D. de furt.*

XVIII. Sed & quaſdam exceptiones quamvis reo competentes licet fideiuſſori contemnere, & si liquidum debitum ſit, agnoſcere bonam fidem, ut poſtea recte repetat a debitore, quod ſolvit. Huiuſmodi exceptiones Ulpianus eſſe dicit, in quibus non de eo quæritur, an debitor ſit, necne is, a quo petitur; ſed de apicibus iuris diſputatur, *d. L. ſi fideiuſſor,* 29. *§. quædam, mand.* Ubi apices iuris vocat rem ad formam & ſubtilitatem iudicii pertinentem, qua omiſſa nihilominus idem vere debeatur, quod petitum eſt. Talis eſt exceptio procuratoria, quo exemplo Ulpianus ibidem utitur. Finge fideiuſſorem conveniri a procuratore creditoris, ſed de mandato dubitari. Quo caſu recte removetur procurator exceptione ex edicto, niſi ſatiſdet dominum ratum habiturum. *L. ſervum, §. ait, D. de proc.* Si hic nihilominus vere procurator eſt, quod & poſtea conſtitit, & fideiuſſor ei ſolvit contempta eiuſmodi exceptione procuratoria, iure ſolutum repetet. Idemque de omnibus aliis exceptionibus ex ritu & ſolemnitate iudicii omiſſa naſcentibus intelligendum eſt; ut ſi quis pro utili actione, quæ ſola competit, directa experiatur; ubi nihilominus re vera utriuſque eadem ſit poteſtas. *L. antep. D. de neg. geſt.* Has exceptiones, earumque diſceptationem Ulpianus eleganter vocat de apicibus iuris, metaphora ducta [7] ab apicibus literarum. Nam apices qui literis inſcribuntur, aut ſubſcribuntur, aut interponuntur, præterquam quod ſubtiles ſunt, neque ita ut literæ eminent, faciunt etiam tantum aut ad ornatum, aut ad faciliorem curſum & intelligentiam ſcripturæ. Quod ſi omittuntur, de ſententia tamen & ſubſtantia ſcripturæ nihil mutant. Sic ſuperiores exceptiones ſi obiiciantur, iudicium informant, & progreſſum rei gerendæ præſtant. Verum omiſſæ nihil mutant de ſubſtantia debiti. Quod enim prius vere debebatur, ſemper verum eſt etiam nunc deberi, quamvis omiſſis illis exceptionibus.

XIX. Exigimus tantum, ut fideiuſſor ſolvat pro debitore obligato, non repetiturus, ſi pro eo, qui exceptione propria tutus non debebat. Proinde ſi pro eo qui vere obligatus erat, ſolvit, quanvis ex perſona ſua aliquam exceptionem haberet qua ſe tueri poſſet, nihilominus hac omiſſa ſolutum repetet. Hoc Ulpianus definit generaliter in *L. idemque,* 10. *§. pen. D. mand.* confirmat autem ſpecialiter in eo fideiuſſore, qui cum ſolus tempore liberatus eſſet, tamen ſolvit creditori; quem ait recte mandati habere actionem adverſus eum, in *d. L. ſi fideiuſſor,* 29. *§. ult. eod.* Finge hoc modo: fideiuſſor, qui ex ſtipulatione centum annua debebat. (Quæ obligatio & pura & perpetua eſt, *§. at ſi ita, Inſt. de verb. obl.*) fideiuſſit in quinque annos. Poſt quinquennium nihilominus iure ſummo obligatus manet, quia obligatio tempore non finitur. Habet tamen pacti, vel doli mali exceptionem, qua effectu liberatur. *L. obligationum fere,* verſ. *placet. D. de oblig. & act.* Dicimus, ſi in propoſito liberatus tempore fideiuſſor, nempe poſt quinquennium, nihilominus perſeverarit pro debitore ſolvere, repetitionem eum habiturum mandati contrario iudicio. Sed in hac ſpecie conſiſtendum non eſt. Idem dicemus, quæcumque alia erit [8] exceptio fideiuſſoris propria, qua contempta nihilominus ſolverit. Puta, ſi moratoriam præſcri-

7) Rad. Forner. 4. *Rer. Quotid.* 19. ſcribit omnes falli qui de apicibus iuris putant eſſe quæ de rebus arduis & ſubtilibus. Et eſſe ſpinoſam diſputationem, qua res ad vivum reſecetur, maiore ſummi iuris, quam æqui & boni habita ratione. Sed ſignificari id quod de rebus contemnendis ac levibus, de quibus contendere hominis pervicacis. Cuius generis exceptiones Procuratoriæ, quæ differunt tantum, non cauſſam perimunt. Hoc eſſe in *d. §.* 4. *non congruit de apicibus diſputare*, id eſt, non decet inanes dilationes & perfugia quærere. Alias apex tenuiſſimum punctulo in ſcriptura. Atqui & apex faſtigium rei ſignificat Marius Nizol. *in Theſauro Ciceron.* Unde apex ſenectutis auctoritas, Cic. *de Senect. Sect.* 60. Et Ioan. Episc. Rom *in L.* 8. *C. de S. S. Eccl.* Serenitatis veſtræ *apices* ſuſcepimus, certe non contemptim loquens. Sicuti & *ευκαιοι* ſignificant reſcripta, Carol. Labæ. *in Obſ. Synoſp. Baſil. Lib.* 60. *Tit. de Calumniatoribus C.* 37. Et ita facri apices pro litteris Imperatoris, in *L.* 6. *§. ult. C. de advoc.* 2. *L.* 3 *in fin. pr. C. Ubi ſenat. vel. clar. L. pen. in fi. C. de emancip.* Quin imo non eſt contra bonæ fidei opponere exceptionem procuratoriam quaſi ea ſit inane dilationom diſpendium. Poteſt quippe quandoque maxime eſſe neceſſaria. Quid enim ſi falſo Procuratori ſolverit fideiuſſor. Utique nulla illi mandati actio, quia debitorem non liberavit, ſed tantum repetitio ab eo cui ſolvit. *L.* 26. *§.* 5. *h. t.* Sed hoc bonæ fidei non congruit reum principalem qui vere liberatus, eo caſu quo verus fuit Procurator, qui egit, nec tamen mandatum Procuratorium exhibuit, repellere fideiuſſorem, mandati agentem, ob non obiectam Procuratori exceptionem litis extrahendæ ergo. Atque ita malo quam cum Pacio 4. *Q.* 92. *d. §.* 4. reſtringere ad eam exceptionem, qua negatur idoneus eſſe Procurator ex. gr. miles, fœmina, quaſi aliud ſit in ea, qua negatur ipſi mandatum eſſe.

8) Item exc. SC. Vellei. *L. pen ad Vellei.* Nec igitur diſtinguitur inter exceptionem honeſtam & inhoneſtam. Hæc enim uti & prior imo ſunt honeſtæ. Nec obſtat *d. L.* 10. *§. pen.* Reſp. enim ex verbis qua reus uti non potuit; vid. Donel. *ad L.* 10. *C. h. n.* 64. *& ſeqq.* Diſtinctio hæc eſt. Ex perſona ſua quam habet fideiuſſor poteſt non obiicere quæcunque ſit. Quod ſi eandem & reus habeat, tum ſi inhoneſta, impune omittitur, ut moratoriæ exceptiones contra ius tributæ *L.* 2. *C. de prec. Imp. off.* Item iuriſiurandi, ſi iuravit reus ſe nihil debere ex teſtamento, deinde id emiſit. Facit *Quintus* 48. *in fin. h. t.* Aliter Cuiac. 11. *Obſ.* 40.

ſcriptionem impetrarit a principe; aut ſi pactus ſit cum creditore, ne a ſe peteretur, *d. L. idemque §. pen.* Non obiicietur hic dolus fideiuſſori, quaſi contra bonam fidem ſolverit, quod poterat non ſolvere. Quod ubi fit, non poteſt ſumptus a ſe factos repetere; ut qui per omnia in mandato bonam fidem præſtare debeat. *L. ſi quis alicui*, 27. *§. impendia. L. qui mutuam*, 56. in fin. *L. idemque*, 10. in princ. *D. mand.* Omnia enim potius hic fideiuſſor facit ex bona fide & mandato. Nam mandatum ei erat, ut pro debitore obligato ſolveret. Nec quidquam magis ex bona fide & officio ſuſcepto quæ in mandato exigitur, quam mandatum implere, *d. L. ſi quis alicui, §. qui mandatum, D. mandat.* Iam vero ſuperioribus exceptionibus contemptis, quæ ſoli fideiuſſori competunt, ſi is ſolvat, nihilominus vere pro debitore, eoque obligatio ſulvit, eumque liberat. Quare hoc modo maxime fidem implet: qua impleta æquiſſimum eſt & in hac ſpecie mandati iudicio recipere eum, quod ſolvit. Hæc Ulpiani ratio eſt adverſus ſuperiorem obiectionem tacitam in *d. L. ſi fideiuſſor*, 29. *§. ult. mand.*

XX. Ne hoc quidem ſatis ad ſolutionem & ſatisfactionem, quam a fideiuſſore exigimus, præſtare quid, & præſtare pro reo obligato, niſi etiam ea præſtatione debitorem liberet. *d. L. ſi fideiuſſor, §. ult.* Ductum, ut dixi, ex vi & ſignificatione verbi. Eſt enim ſolutio liberationis primum & præcipuum genus, ut ubi nulla liberatio eſt, ibi nec ulla ſolutio poſſit intelligi. *Inſt. quib. mod. tol. obl.* in pr. Poteſt autem priora facere fideiuſſor, ut tamen liberatio non ſequatur. Quod ubi accidet, placet fideiuſſorem mandati actionem non habere. Veluti, ſi pro te hominem dare fideiuſſit, & alienum hominem ſtipulatori dedit. *L. Iulianus*, 47. *§.* 1. *D. mandat.* aut ſi tanquam procuratori creditoris ſulvit, qui vere procurator non fuit. *L. inter*, 26. *§. mandatu. eod.* Nam nec ſolvitur, niſi quod perfecte fit accipientis. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem, D. de ſolution.* nec invito aut ignorante creditore alii ſolvendo ſe quiſquam aut alium liberat. *L. invito, C. de ſolution.*

XXI. Atque hæc tria ut dixi, unum ſolutionis verbum in ſe continet. Sed ne hæc quidem ſi intervenerint, ſatis eſt ad mandati actionem præſtandam procuratori. Secundum accedere debere diximus, ut eo nomine pecunia ei abſit. Unde illa quæſtio in huius perſona, quando fideiuſſori pecunia abeſſe intelligatur. *d. L. inter*, 26. *§. abeſſe. mand.* quæſtio plane ſupervacua, niſi hoc ipſum ut abſit, prius exigatur. Sumptum hoc ex eo, quod de hac præſtatione ſupra poſuimus, ſolum in ea id agi, ne quod damnum procurator ex mandato ſentiat. *L. ex mandato.* 20. in princ. *D. mand.* non eſſe autem damnum, niſi cum quid abeſt, deminuiturve de patrimonio. *L.* 3. *D. de damn. inf.* Abeſſe pecunia fideiuſſori intelligitur, aut facto ipſius, aut extranei, aut creditoris.

XXII. Illi facto ſuo abeſſe intelligitur, cum aut ſolvit naturaliter depenſa pecunia, aut tantumdem remiſit vel creditori qui ei debebat, vel alii, quo creditori ſatisfieret. Proinde ex univerſo genere liberationum quatuor ſunt fideiuſſoris facta, quibus cum ſe & debitorem liberarit, ſimul etiam ei intelligatur pecunia abeſſe: quorum etiam ſingulorum nomine propterea eum mandati actionem habere legimus. Solutio naturalis: *L. Lucius*, 38. in fin. *D. mand.* Obſignatio & depoſitio pecuniæ, cum non acciperetur oblata. *L. qui mutuam*, 56. *§.* 1. *D. eod.* Compenſatio, cum creditor fideiuſſori tantumdem debet, eiuſque compenſatione fideiuſſor utitur, ut & creditorem a ſe, & ſe a fideiuſſore liberet. Nihil intereſt, utrum fideiuſſor nummos numeret creditori, an quos ab illo exigere poterat, eos illi remittat, eumque liberet. *d. L. inter, §. ſi is qui, mand.* Poſtremo delegatio, cum fideiuſſor aliquem debitorem ſuum delegat creditori. Quod genus ideo pro ſolutione nummorum eſt, quia & hic fideiuſſor debitum remittit debitori ſuo, quod remiſſum transfert in creditorem, cui ſe hic debitor novationis cauſſa obligat. Hæc ſpecies eſt. *d. L. inter, §. abeſſe, mand.* Et res dubitationem non habet, ſi debitor delegatus fuit ſolvendo. Recte enim dixeris abeſſe id fideiuſſori, quod ab illo conſequi potuit, poſtquam ei remiſit.

XXIII. At quid ſi debitor ſolvendo non fuit? dicemuſne fideiuſſorem, qui hunc delegavit, ſtatim agere poſſe mandati, quaſi abſit ei pecunia, quam ei debitori remiſit? Nam quomodo abeſſe dicamus, quæ nulla fuit? nullam enim actionem habere videtur, cui propter inopiam debitoris inanis fuit actio. *L. nam is*, 6. *D. de dol.* Placuit tamen etiam huiuſmodi debitore delegato, pecuniam videri abeſſe fideiuſſori, atque hinc mandati actionem illi naſci adverſus debitorem. Hoc Paulus in *d. §. abeſſe*. Obiectioni ſuperiori tacitæ ſic occurrit. Eſt quidem adverſus debito-

bitorem ipſum inanis actio, a quo propter inopiam conſequi nihil poſſis. At idonea eſt actio, idoneus debitor creditori, cui ſolvitur, poſteaquam is admiſit debitorem.

XXIV. Facto extranei intelligitur pecunia abeſſe fideiuſſori, ſi quis nomine eius eadem contulerit in creditorem, quæ a fideiuſſore collata ei actionem parere diximus. Proinde ſi quis extraneus nomine fideiuſſoris ſolverit creditori, non ſolum fideiuſſorem liberat, ubi ad liberationem debitoris nihil intereſt, ipſe ſolvat, an eius nomine alius: *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in princ. ſed etiam quaſi hæc ipſa pecunia ab illo profecta ei abeſſet, actionem mandati habet adverſus debitorem. Uſque adeo, ut quanvis extraneus hic hoc animo ſolverit, ut vellet donatum fideiuſſori, nihilominus placeat idem fideiuſſori tribuendum. *L. ſi vero*, 12. in pr. *D. mand.* At quomodo dicatur hoc caſu abeſſe fideiuſſori pecunia, quæ nec unquam eius fuit, & eſt in ea cauſſa, ut nec unquam quidquam porro eius nomine fideiuſſori ſit abſuturum? præſertim cum regula iuris tradatur, non videri rem amittere cuius propria non fuit. *L. non videtur rem*, *D. de reg. iur.* Id vero ſit hoc modo. Qui creditori ſolvit nomine fideiuſſoris, ſive repetendi animo faciat, ſive donandi, videtur prius pecuniam dediſſe fideiuſſori, tum deinde fideiuſſor acceptam dediſſe creditori ſuo. Nam hic ordo futurus erat rei gerendæ, ſi ea naturaliter gereretur. Hoc ſic explicatur in *L.* 3. *§. ult. D. de don. int. vir. & ux.* Ergo etſi extraneus, eum creditorem fideiuſſoris haberet debitorem ſuum, eum liberaverit, dum fideiuſſori donare vult, dicemus continuo fideiuſſorem agere poſſe ad eamdem quantitatem: quia nihil intereſt, utrum nummos ſolvat creditori, an eum liberet. *d. L. inter*, *§. ſi is qui*, *D. mand.*

XXV. Facto creditoris abeſſe pecunia fideiuſſori intelligitur, quocumque facto aut beneficio creditoris liberatus ſit fideiuſſor, dum ne ſit liberatus donandi tantum cauſſa. Huiuſmodi facta ſunt: hereditatis in fideiuſſorem translatio; dotis cum eo permutatio, acceptilatio.

XXVI. Transferre intelligitur hereditatem in fideiuſſorem creditor, quoties fideiuſſor ei ſuccedit. Sive enim inſtitutus eſt fideiuſſor ab eo heres, ſive ab inteſtato heres exſiſtit, utrobique hereditatem voluntate & beneficio eius capere videtur. Nam & hoc caſu videtur dediſſe hereditatem, qui non ademit; quam adimere poterat alium heredem inſtituendo. *L.* 1. *§. pen. D. de leg.* 3. Hac ſucceſſione liberatur confuſione fideiuſſor tanquam ſolutione. Ideo ſimul & debitor. De quo poſtea ſuo loco. *L. Stichum*, *§. aditio*, *D. de ſolut.* Placet vero etiam eam liberationem in cauſſa eſſe, ut fideiuſſor heres factus ſtatim habeat mandati actionem. *L. ſi ei*, 11. *D. mand.* Nempe ideo, quia putatur & hoc caſu illi pecunia abeſſe. Et recte. Nam abſque hac confuſione futurum erat, ut pecunia creditori debita ad eum qui heres eſt, perveniret, quam ideo non habet, quia actio confuſione illa & liberatione amiſſa eſt.

XXVII. Dotis permutatio eſt, cum mulier creditrix fideiuſſori ſuo nuptura fecit, ut pecuniam, quam ille ex fideiuſſoria cauſſa debebat, dotis nomine ſibi haberet. Huius conventionis hæc vis eſt, ut ſive mulier pecuniam ex fideiuſſione debitam acceptam fecerit dotis conſtituendæ cauſſa, ſive ſola conventio intervenerit permutandæ obligationis gratia, continuo liberetur fideiuſſor ex fideiuſſoria cauſſa, & pecuniam doti habere incipiat. *L. promittendo*, *§.* 1. *L. ſi ei nuptura*, *D. de iur. dot.* Sed & ex hac liberatione placet ſecutis nuptiis confeſtim eum mandati agere poſſe, quaſi abiit ei eo nomine pecunia: quippe quia iam nunc pro ea dote matrimonii onera ſuſtineat. Hoc in *L. Iulianus*, 47. In pr. *D. mand.*

XXVIII. Acceptilationem 9) qua creditor fideiuſſori acceptum fecit, & ipſam maxime pro ſolutione eſſe & debitorem liberare conſtat. *§. item is*, *Inſt. quib. mod. toll. obl.* Sed non omnis huiuſmodi liberatio in fideiuſſorem collata ei tribuit mandati actionem, quia nec ſtatim ex ea cauſſa illi pecunia abeſſe videtur. Intereſt, utrum creditor fideiuſſori acceptum ferat ea lege, ut fideiuſſor pro eo aliud præ-

9) Quid igitur ſi creditor faſſus ſit ſe a fideiuſſore accepiſſe, nec aliunde ſolutio probari poſſit. Vulgo & hic actionem mandati dant, & probat Gomez. 2 *Resol.* 19. *n.* 13. Sed Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 98. *n.* 4. ſic diſtinguit: Aut vere accepit & res expedita, aut non & vel faſſus animo donandi fideiuſſori, & perinde habetur ac ſi ſolviſſet per *d. L.* 10. *§. ult.* aut animo ſimulandi & nihil agitur, aut ſpe futuræ numerationis, & tum quia intra 30. dies confeſſio non nocet, interea mandati actio ceſſat, arg. *L.* 14. *§.* 2. *C. de non num. pec.* aut per errorem, & ſi confeſſio non nocet vel revocari poteſt, mandati actio non datur, ita Vaſquez, in quo præſupponit ſi donare fideiuſſori voluerit creditor, (etſi non remunerari) actionem mandati eſſe, quod noſter per *L.* 12. *pr.* negat. Sane duriuſculum videtur quod donatio uni facta, eiuſque intuitu, non illi, ſed alteri prodeſſe debeat. Quare haud ſcio an non rectius *d. L.* 12. *pr.* exaudiatur de eo qui fideiuſſori remiſit actionem, ut etiam principalem reum obligatione liberet, quod id innuat vocula *principaliter*, id eſt, habita ratione obligationis principalis potius, quam perſonæ fideiuſſoris. In quo tamen nil aſſevero.

ſtet, an vero donandi cauſſa. Si ut fideiuſſor aliud præſtet, & iam nunc præſtat, tum illi videtur pecunia abeſſe, eoque & ſtatim mandati agere poterit, exemplo eius fideiuſſoris, cui quod ex fideiuſſoria cauſſa debebat, illi remiſsum eſt hac lege, ut doti haberet, & matrimonii onera ſuſtineret. *d. L. Iulianus*, *D. mand.* Si ei acceptolatum eſt donandi cauſsa, refert hic quoque, utrum remunerandi, an ſimpliciter donandi. Si ideo, quia fideiuſsorem remunerari voluit creditor, placet etiam hic habere eum mandati actionem. *L. idemque*, 10. §. *ult. mand.* nec iniuria; quaſi ſcilicet pro ea liberatione abſit fideiuſsori id beneficium, quod ante in creditorem contulit, cui etiam creditor voluit hanc liberationem expenſam ferri. Quo admiſso, recte inſert Ulpianus multo magis idem probandum eſse, ſi mortis cauſsa accepto tuliſſet creditor fideiuſsori, aut ei liberationem legaſſet. *d. L. idemque* 10. in fin. *mand.* Nam præterquam quod eiuſmodi donationes & legata ob meritum eorum in quos conferuntur, accedere ſolent. *L. nec adiecit*, *D. pro ſoc.* hoc amplius etiam habent, quod ſunt ſupremæ voluntates, quæ præcipuo favore dignæ habentur. *L.* 1. *C. de ſacroſ. eccl. L. vel negare*, *D. quem. teſt. ap.* Quod ſi non remunerandi cauſſa, ſed ſimpliciter & principaliter donandi remiſit creditor fideiuſſori actionem, placet eum mandati adverſus debitorem non acturum. *L. ſi vero*, 12. *mand.* Contraria ſcilicet de cauſsa, quia etsi tum non minus & ipſe & debitor ea remiſſione liberatur, tamen hic fideiuſſori nihil abſuit antea eo nomine, neque nunc abeſt, ut qui nihil præſtet, neque vero etiam abſuturum eſt poſtea.

XXIX. Poſtremo ad repetitionem eius, quod ſolvit fideiuſsor, eſt hoc in officio eius, ut cum ſolverit, ſignificet debitori ſe ſolviſſe, ne ſorte is ignarus iterum ſolvat. Quod ſi illi non denuntietur, & ignarus iterum ſolverit, quod ſolvere eum non oportebat, placet fideiuſsori denegandam adverſus eum actionem, ne debitor damno afficiatur. *L. si fideiuſſor*, 29. §. *si cum debitor*. *D. mand.* Sumptum ex eo, quod de ſumptibus a procuratore factis ſupra poſuimus, ſumptus mandati exſequendi cauſsa factos ita repeti poſse, si etiam bona fide facti sint. *L. si quis alicui*, 27. §. *impendia*, *L. qui mutuam*, 56. §. *ult. mand.* Aperte enim facit contra bonam fidem fideiuſsor, qui ſolutionis ſumptum facit, non monito debitore, ubi futurum sit, ut propter eam ignorantiam ſolutio fideiuſsoris nihil ei prosit, & ipſe in damnum incidat. Ergo fideiuſsor hoc caſu, quod ſolvit, a debitore eodemque mandatore non exiget, ſed repetet a creditore indebiti condictione, quam reus ei cedere cogetur. *d. L. si fideiuſſor*, §. *si cum debitor*, in fin. *mand.* Fortaſse & condictione sine cauſsa: qua condici poteſt, quod vel ex non iuſta cauſsa ad aliquem pervenit, vel rediit ad non iuſtam cauſsam. *L.* 1. in fin. *D. de cond. si. cauſ.* Quale eſt, quod ſolutum eſt ei, qui poſtea idem accepit a debitore. Quo facto ſublata fuit cauſsa, propter quam fideiuſſor teneretur.

CAP.

C A P. XIV.

De actionibus Directa, & Contraria, non ſolum quæ ex mandato ſint, ſed etiam ex aliis omnibus contractibus.

Superiorum mandati præſtationum obtinendarum cauſſa proditæ aptæ ſingulis actiones mandati directa, & contraria. I.

Cui directa, & cui rurſus contraria. II.

Directa quid; & quare ita appellata. Directarum exempla. III.

Contraria quid; & quare cum adiuncto mandati *ita dicta. Contrariarum exempla.* IV.

Actiones hæ cur contrariæ *nuncupatæ.* V.

Quæ actionum mandati cum directæ tum contrariæ vis & effectus. VI.

I. HÆ ſunt mandati præſtationes tum a procuratore & mandatario in his quæ mandatori debet, tum a mandatore in iis, quæ contra præſtare debet mandatario. Quorum obtinendarum cauſſa ſingulis ſuæ actiones accommodatæ propoſitæ ſunt, directa mandati, & mandati contraria, ut initio diximus, *§. ex quibuſdam, Inſt. de pœ. tem. litig.*

II. Directa ei qui mandavit, quæ & abſolute dicitur mandati per excellentiam. *L. si procuratorem*, 8. *§. mandati, D. mand.* Contraria ei qui mandatum ſuſcepit. *L. ſi vero*, 12. *§. contrario, D. eod.* Hinc inſcriptio Tituli *D.* & *C.* in hæc verba, *Mandati vel contra.* Cuius hæc ſignificatio eſt. De actione mandati directa, quæ proprie dicitur mandati, & de ea mandati, quæ contra, ſeu ex adverſo propoſita eſt, id eſt de mandati contraria. Eademque ſignificatio eſt illarum inſcriptionum, *Commodati, vel contra; Depoſiti, vel contra; De pigneraticia actione, vel contra.* Quarum appellationum origo & ratio hæc eſt.

III. Directa mandati, commodati, & quæ cum ſimilibus adiunctis negotiorum directa dicitur, quæ eadem opponitur contrariæ, eſt ea, quæ recta & principaliter agit de eo, cuius actio eſſe dicitur. Ut directa mandati actio eſt, quæ recta perſequitur mandatum, ut impleatur; quod fit, aut non impleti mandati damnum perſequendo, aut impleti emolumentum tanquam procuratori ad reſtitutionem commiſſum repetendo. Idemque certius licet agnoſcere in commodato, depoſito, pigneraticia: in quibus directa commodati dicitur quæ repetit id ipſum cuius actio eſſe dicitur, nempe commodatum; depoſiti, quæ repetit depoſitum; pigneraticia, quæ pignus datum. Quod quia fit recta, ſeu directa ad ipſum petitione, ideo & directa actio alias dicitur recta, & rectum iudicium, idem quod directum. Quomodo rectum iudicium opponitur directo in *L. in rebus*, in fin. *D. commod.*

IV. Nihil huiuſmodi in contraria actione: ut merito opponatur directæ, quo & ipſo directa eſſe negetur. Nunquam enim contraria perſequitur id quod dicitur. Contraria mandati non peſequitur mandatum, ubi is agit, qui nihil mandavit. Non contraria commodati commodatum; non depoſiti contraria depoſitum; in quibus ii agunt, qui nec commodarunt, nec depoſuerunt: & vero id quod ſibi abeſt, quod totum eſt extra has cauſſas, illi perſequuntur. Et tamen quæ ex mandato contraria eſt, dicitur mandati, alias cum adiuncto, mandati contraria; *§. ex quibuſdam, Inſt. de pœn. tem. litig.* alias etiam ſimpliciter, ut intelligatur contraria. *L. idemque*, 10. *§ penult. §. ult. L. ſi vero*, 12. in pr. *L. ſi fideiuſſor.* 29. *L. si mandatu*, 45. & paſſim. *D. mand.* Eademque appellatio tribuitur cæteris contrariis, ut quæ ex commodato eſt, dicatur contraria commodati; quæ ex deposito contraria depositi; interdum abſolute commodati, depositi. Idemque licet obſervare in cæteris. *d. §. ex quibuſdam, de pœn. tem. litig.* Cur ergo mandati, commodati, depositi, quæ nihil horum perſequitur? Quia etsi non eſt recta de mandato, commodato, deposito: eſt tamen de his per conſequentiam. Perſequitur enim contraria quod abeſt iis quidem qui non mandarunt, commodarunt, depoſuerunt: ſed tamen quod abeſt per cauſſam mandati, commodati, depositi: ut id, quod principaliter hic agitur, eo ſpectet, ut sit mandatum, commodatum, depositum: his autem admiſſis per conſequentiam id agatur, ut qui hæc recepit, cum in his gerendis tractandiſve bonam fidem præſtiterit, tum ſi quid inde

damni fecit, præſtetur indemnis. Unde & directa actio nonnunquam dicitur principalis in eo negotio, cuius nomine pro ponitur, & ſub hac ipſa appellatione opponitur contrariæ. *L. in commodato*, §. 1. *D. commod.* Cur, niſi ut intelligatur, contrariam mandati, & ſimiles non principaliter de mandato, & ſimilibus negotiis, ſed per conſequentiam induci?

V. Dicuntur autem hæ actiones, quæ per conſequentiam ita competunt; contrariæ, quia directis initio propoſitis ita ſunt conſtitutæ, ut directis eſſent ex adverſo, & earum vim velut reprimerent tantumdem vice mutua exigendo. Ideo & de iis præſtationibus, quas perſequitur contraria actio, poteſt agi directo iudicio, ut ſalvæ habeantur iure penſationis *L. in rebus*, §. *ult. commod.* Idque eſt, quod dicitur ab Ulpiano in *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* in contrariis iudiciis de calculo agi, qui fere in iudicio (intellige directo) ſolet dirimi. Calculus eſt, ratio & computatio eorum, quæ abſunt iis, qui directa actione tenentur. Dicuntur autem hæc in directo iudicio dirimi, cum directe actioni opponitur ex hac cauſſa compenſatio.

VI. Ut ad mandati actionem directam & contrariam redeam, harum actionum in mandato vis hæc eſt. Contraria nihil habet præter pecuniariam condemnationem eius, quod procuratori abeſt. Directa mandati non tantum pecuniæ, ſed etiam exiſtimationis periculum continet, ut verba ſunt *L. in re*, *C. mand.* id eſt mandati directa actione non ſolum damnatur reus, in id quod intereſt mandatoris, in quo pecuniæ damnum eſt; ſed etiam damnatus fit infamis, ex edicto de his qui notantur infamia. *L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Quod tamen non in hac ſolum actione, ſed etiam in cæteris, quæ eodem edicto pariter notantur, ſic accipiemus, ſi ob dolum & perfidiam is, cum quo agitur, damnatus ſit, non item ſi ob culpam. Hæc diſtinctio diſerte ſcripta eſt in tutore ut ſuſpecto remoto, & ob id damnato tutelæ, in *L. ſuſpectus autem remotus. Inſtit. de ſuſp. tut.* Nihil dubii eſſe debet, quin in cæteris actionibus directis eodem edicto notatis, in quibus propemodum minus delictum verſatur, quam in tutelæ actione, multo citius hanc eamdem diſtinctionem adhiberi oporteat. Id quod etiam ſatis aperte ſignificatur in *d. L. furti*, § *ult. D. de his qui not. inf.* cum contrario iudicio damnatus ideo dicitur non eſſe infamis, quia in contrariis iudiciis de perfidia non agitur. Hoc enim hanc ſignificationem habet, ut ubicunque de perfidia rei non agatur, ibi ceſſet infamia. Sed de toto genere infamiæ eiuſque cauſis dicetur poſtea in iudiciis ſuo loco.

CAP. XV.

De ſocietate. Quid ſit: Duplicem eſſe; quandam rerum, alteram vitæ, in qua ſunt nuptiæ, Rerum ſocietas quæ, & quomodo contrahatur.

Societas quid. Duplex illa, & quæ. I.
Quid ſocietas rerum. Partes ſingulæ definitionis explicatæ. II. & ſeqq.
Mutua rerum communio ad ſocietatem neceſſaria; & quid conſequens. III.
Communionem ſive corporalium utrinque rerum, aut ſecus; ſive univerſitatis, aut partis bonorum eſſe ſocietatem. IV.
Si tamen non caſu habita, ſed tractatu prævio ſit inita communio; & quando communionem efficit caſus. V.
Qui ſocietatis rerum finis. Triplex communio fini ſocietatis contraria; & quæ. VI.
Quare lucri dumtaxat, non damni conferendi propoſitum ſocietatem conſtituat. VII.
Nudo conſenſu contrahitur. VIII.
Interpretatio L. 4. *in princ.* D. pro ſoc. IX.

I. SOcietas eſt communio & coniunctio inter aliquos voluntate ſuſcepta. Quod ſpecies huius generis indicabunt. Societas duplex; quædam rerum, quædam vitæ. Quæ rerum eſt, ea in uſu iuris verbo generis appellatur ſimpliciter ſocietas. Hæc enim ſola intelligitur in iis Titulis, qui inſcribuntur *pro ſocio*, ſeu *de ſocietate*; cum in *D.* & *C.* tum in *Inſtitutionibus*. Vitæ ſocietas eſt ea, quam uno verbo nuptias & matrimonium appellamus.

II. Rerum ſocietas, quæ ſpecialiter ita vocatur, ſic recte definitur, plurium rerum,

rum, vel unius mutua [1] communio inter aliquos conſenſu ſuſcepta lucri inde in commune faciendi gratia.

III. Societas communio eſt, ſeu conjunctio communionis cauſſa inſtituta. Unde communioni acquiri pro acquiri ſocietati dictum in *L.* 3. §. 1. *D. pro ſoc.* Communio eſt mutua, cum inter duos utrinque quid in commune confertur. Et ita eſt ſocietas iſtius omnis naturæ, ut niſi res inter aliquos invicem conferantur, nulla ſit ſocietas. Inde dictum donationis cauſſa ſocietatem non contrahi. *L.* 5. in fin. *D. pro ſocio*. Scilicet quia donationis cauſſa contrahi intelligitur, cum placet alicui lucrum ex re ſua factum alteri commune eſse, ubi alter iſte ad eam perceptionem neque ullam rem ſuam, neque operam conferat. Sic enim huic donator lucrum: quod argumentum eſt, ab eo in ſocietatem nihil conferri. Atque hæc res eſt ſcilicet quæ ſocietatem hic removet. Cum, ut dixi, nulla ſit ſocietas, ubi nulla intervenit rerum collatio, aut communicatio mutua.

IV. Sane quæ res invicem conferantur inter aliquos, corporaleſne utrinque; an illinc res, hinc opera; an vero etiam opera utrinque, ad ſocietatem communicatione rerum contrahendam nihil intereſt. Nam & inter duos artifices ſocietas ita coiri poteſt, ut quod ex ſuis operis artificialibus quæſtus fecerint, inter eos ſit commune. *L. ſi non fuerint*, 29. *L. duo*, 71. *D. pro ſoc.* Ne illud quidem ad ſocietatem ineundam refert, quantarum rerum communio inſtituatur. Nam & univerſorum bonorum ſocietas contrahi poteſt, & partis bonorum poteſt & negotiationis alicuius, quæ multas res parteſque contineat. Sed poteſt & unius rei: veluti ſi res inter aliquos communis, conſenſu eorum exerceatur ad quæſtum faciendum. *L.* 5. in princ. *L. verum*, 63. *D. pro ſoc.*

V. Non omnis rerum communio ſocietas eſt. Si qui caſu in communionem inciderint, hæc non eſt ſocietas; veluti, ſi duobus eadem res [2] legata ſit; ſi duo pluresve heredes facti, inter quos res hereditariæ ſunt communes ipſo iure; ſi res a duobus ſimul empta ſimpliciter, nihil ut aperte convenerit inter eos de ſocietate ineunda. *L. ut ſit pro ſocio*, 31. & aliquot. ſeq. *D. pro ſoc.* Tunc rerum communio ſocietas eſt. Cum omnino inter aliquos conſenſu, & ut loquitur Ulpianus, tractatu habito inita eſt. *d. L. ut ſit pro ſocio*, in pr. & *L. nam cum. ſeq. pro ſoc.* Unde a Papiniano ſocietas dicitur conſortium voluntarium. *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *D. eod.* Atque in hoc numero rerum habetur ab Ulpiano res quæ a duobus pariter empta eſt in *L.* 2. *D. com. divid.* cum tamen idem huic emptioni ſocietatem detrahat in *d. L. ut ſit*, 31. *pro ſoc.* Sed quod ait in *d. L.* 2. *com. div.* in hac emptione rem cum ſocietate communem eſſe, ipſo auctore ſic ex alio eius loco interpretandum eſt, ſi [3] tractatu de ſocietate habito res empta ſit. *d. L. nam cum*, 32. *pro ſoc.* Ut intelligamus in hac emptione tunc ſocietatem non eſse, cum hic tractatus nominatim non intervenit, re ſcilicet ſimpliciter a duobus pariter empta.

VI. Nondum ſatis ad ſocietatem. Finem ſuſceptæ communionis hunc eſse oportet, ut inde lucrum fiat in commune. Tribus autem modis contingere poteſt, ut res voluntate duorum communicentur, neque tamen communio hunc finem habeat. Ac totidem modis accidit ne ſocietas. Uno, ſi materiæ dominorum voluntate eorum confuſæ ſint, ut maſsa una fieret. Fit hic quidem maſsa communis: ſed quia non eo, ut inde lucrum fiat, non ideo ea communione contrahitur ulla ſocietas. §. *ſi duorum*, *Inſt. de rer. diviſ.* Altero modo, ſi, ut modo dixi, res a duobus ſimpliciter empta ſit ſimul. *d. L. ut ſit*. 31. *mand* Tertio, ſi ita quidem ſint res communicatæ inter aliquos, ut lucrum inde fiat: non tamen ut ſit commune inter ſocios, ſed damnum dumtaxat. Quomodo ſocietatem coiri non poſſe placet, eaque eſt, quam Celſus ſocietatem leoninam ſolebat appellare, ut eſt in *d. L. ſi non fuerint*, 29. §. *ult. pro ſoc.* ſumptum a fabula de leone, aſino, & vulpe.

VII. Cur non adiicimus, & damni communicandi: cum conſtet in ſocietate ut lucrum,

1 Sed Cuiac. *in Par. C. h. t.* Societatem non eſſe communionem, aſt per eam induci communicationem lucri ac damni. Ipſe loco generis ponit conventionem, ut & Duar. *h. t. C.* 1. Mozz. *de Societ.* C. 1. *n.* 4. Sed id genus remotius. Vult. *in pr. l. h. n.* 1. definit contractum ex conſenſu initum de fortunis & operis, ad uberiorem quæſtum, utrinque commodiorem inter ſe communicandis.

2 Quam DD. vocant ſocietatem incidentem P. Nicol. Mozz. *de Societ.* C. 2. *de Diviſ. n.* 8. quia in communionem incidunt, quos non voluntas, ſed fortuna iungit *L.* 31. *h. t.* Dicitur & voluntaria ſocietas alio ſenſu in *L.* 63. §. 8. *h. t.* ut opponatur non incidenti huic, ſed ſocietati vectigalium, quæ ad heredes tranſit, & voluntaria fuit cum defuncto, neceſſaria cum herede, vid. Cuiac. 10. *Ob.* 25.

3) Sed quando res a duobus ſimpliciter empta vel conducta eo ipſo ſocietatem contrahi, per *d. L.* 2. & per *L.* 2. *C. h. t.* vult Baptiſta de Hieronymis *Conſ.* 2. *ſubiecto Tract.* Mozzii *de ſociet. n.* 34 Sane in *d. l. LL.* nulla ſpecialis conventionis mentio, quam utrobique ſubaudire divinatio eſt. Probabilius *d. L.* 31. ex verbis *non affectione ſocietatis incidimus*, accipietur, quando aperte apparet de alia ſimul contrahentium intentione.

lucrum, ita & damnum communicari ſolere ex *ead. L. ſi non fuerint?* Id facimus duabus de cauſis. Primum quod propoſito contrahentium nunquam ſocietas contrahitur inter aliquos alio animo, quam lucri faciendi. Qui ſi ſcirent damnum aliquod ex ea re certo futurum, nunquam ſocietatem inirent. Deinde, quæ præcipua & certa ratio eſt, quia communicatio damni ad ſubſtantiam ſocietatis non pertinet: at pertinet lucri communicatio. Nulla eſt enim ſocietas, niſi quæ ita coita eſt, ut lucrum inter ſocios dividatur, ut diximus. At poteſt ita coiri, ut lucrum tantum ſit commune, nullam autem partem damni alter ex ſociis ſentiat; quia ſæpe quorumdam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut iuſtum ſit eos iſta conditione in ſocietatem admitti, *d. L. ſi non fuerint, pro ſoc.* §. *de illa, Inſt. de ſoc.* Cur ergo partes damni æquæ, cum de his nihil convenit? *d. L. ſi non fuerint*. Per conſequentiam lucri id fit, non principaliter. Quia damna lucro ſunt adiuncta, ut in huius contractus obligatione poſtea dicetur.

VIII. Cum de hac communione inter aliquos convenit, tum ſocietas conſenſu contracta eſt. Nec exſpectamus, ut quidquam rerum conferatur, aut operæ, quo ex re ſecuta naſcatur obligatio. Solo denique conſenſu ſocietas contrahitur. *Inſt. de obl. ex conſ.* Ideo non diximus ſimpliciter ſocietatem eſſe communionem rerum, ſed communionem conſenſu ſuſceptam, ut intelligeremus eam, de qua convenit ut eſſet, ſive iam nunc rebus collatis in præſentia, sive poſtea, dum id agitur, ut res poſtea conferantur, cum res poſtulabit.

IX. Quid eſt igitur, quod dicit Paulus in *L. 4. D. pro ſoc.* ſocietatem coire nos poſſe & re, & verbis, & per nuntium? Videri enim poteſt his verbis hoc dicere aliis modis ſocietatem contrahi, quam conſenſu. Immo magis his verbis hoc ipſum exprimere voluit ſocietatem contrahi conſenſu. Significat enim ita conſenſu contrahi, ut nihil interſit, quomodo hic conſenſus declaretur. Itaque contrahi non ſolum aperta conventione, quæ verbis exprimatur; ſed etiam [4] tacita, quæ ſine verbis re aliqua & facto declaretur. Id enim res ſignificat, cum a verbis diſtinguitur, ut idem Paulus aperte probat, cum ita definit, hereditatem recuſari, non ſolum verbis, ſed etiam re, & alio quovis indicio voluntatis. *L. recuſari, 95. D. de acq. her.* Neque aliter idem Paulus verbum rei uſurpat in *L. 2. D. de pact.* Addit Paulus & per nuntium coiri ſocietatem, ut declaret nihil intereſſe, utrum inter præſentes res geratur conſenſu, an vero inter abſentes, per [5] nuntium ſcilicet, aut epiſtolam. Alias re contrahi obligatio, ſeu contractus re fieri dicitur, cum rem aliquam ad conſenſum accedere oportet prius, quam contrahatur obligatio, ut in mutuo, commodato, & ſimilibus. *Inſt. quib. mod. re contrah. obl. L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed hoc tunc fit, cum verbum rei ab omni conſenſu nudo diſtinguitur, ut cum dicitur obligatio contrahi aut re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu. §. *ult. Inſt. de obl.* Sic enim intelligimus eſſe aliquam obligationem, ad quam contrahendam rei alicuius interventus deſideretur præter conſenſum. Non ſic rem accipi a Paulo in *d. L. 4. pro ſoc.* ex eo intelligi poteſt, quod non dicit ſocietatem [6] re contrahi, ſed contrahi poſſe. Significat enim his verbis rem non eſſe neceſſariam ad contrahendam ſocietatem. Quod contra fit, cum dicitur obligatio re contrahi: ubi rem ad conſenſum accedere oportet. Unde in contractibus eius generis dicitur obligatio non contrahi poſſe re, ſed abſolute re contrahi. Quæremus igitur, quo facto & indicio voluntatis intelligatur contrahi ſocietas ſine verbis. Dicemus id ita fieri, ſi qui quid ſimul [7] negotiati ſint

nullo

4) Omnium quoque bonorum ſocietatem tacite contrahi ſi ex factis de conſenſu appareat, Fachin. 12. *Contr.* 14. contra Menoch. *Vol.* 1. *Cent.* 12. *n.* 10. citante Treutl. *P.* 1. *Diſp.* 27. *Lit.* 8. *lit.* F. Arumæ. *ex Inſtin.* 15. *Th.* 1. quia tum ſimpliciter contracta. Ergo per ea quæ *C. ſeqq.*

5) Sub conditione *L. pen. C. h.* licet de eo apud veteres quoſdam ſcilicet Paulus enim de eo non dubitavit *L. 1. pr. D. h.* nec Celſus *L. 71. h.*) dubitatum. Exinde quia ſocietati mancipatio ineſt conditionem non recipiet *L. 77. de R. I.* Fingitur enim ea interveniſſe ad id ut bona communicentur, Cuiac. *Par. C. h.* Vult. *in pr. l. h. t. n.* 10. *& ſeq.* ubi reprobat rationem dubitandi Gab. Mudæi *ad L. 1. h. n.* 2. quod ſocietas, ius fraternitatis, certo animi iudicio iniri debeat; Conditio vero omnia faciat incerta. Quæ tamen ratio, meo iudicio, elegans nec aſpernanda, late Menoch. 3. *Præſumpt.* 56. Don. *in d. L. pen. n.* 1. dubium inde veteribus, quia videtur hic in poteſtate ſocii eſſe, an velit obligari. Pendente enim conditione poterit ſocietati futuræ renunciari, cum & præſenti poſſit, quod in aliis contractibus non evenit. Ratio vero decidendi. Non debet in debitoris voluntate eſſe, an velit debere, expreſſe ſcilicet. Tacite poteſt, ut ſi promittat 10. Si in Capitolium adſcenderit. Nec vero in *d. L. 1. pr.* verba *vel ſub conditione*, Tribonianus inſeruit, ut Hot. 7. *Obſ.* 7. alias eidem quoque tota *L. 75. h. t.* tribuenda foret.

6) Aliud eſt contractum re fieri, ubi neceſſitas interventus rei ſignificatur, aliud re fieri poſſe, id eſt poſſe rem ad conſenſum accedere, vel ex re declarari conſenſum, Don. ad *Rub. C. Mand. n.* 2. Cuiac. *in Par. C. h.* Mozz. *C.* 1. *n.* 2.

7) Ex cohabitatione & communione negotiationis præſumitur inter fratres Mozz. *Col.* 4. *de natural. n.* 37. late Menoch. 3. *Præſumpt.* 56. Non vero eamde quod indiviſam hereditatem paternam aliquandiu retinent, tacite contracta ſocietas *L. 39. §. 3. Fam. erc. L. 52. §. 6. h. t.* ubi Goth. *in not.* Menoch. *Arb. C.* 127. *n.* 15. Vaud. 1. *Q.* 16. *& in Q.* 36. Arumæ. *ex Inſtin.* 15. *Th.* 1.

nullo contractu de ſocietate habito, deinde cum lucri aliquid feciſſent, id inter ſe ita diviſerunt, ut commune eſſe vellent. Qui fecerunt, quod erat conſequens ſocietati, idem etiam, quod anteeedit, id eſt ipſam ſocietatem admiſerunt. Simile legimus de venditione quæ domino ignorante facta cum eſſet, ab eo ipſo tacite probata exiſtimatur ob id tantum, quod is pretium eius emptionis accepiſſet. *L. quidam, 12. D. de evict.*

C A P. XVI.

In ſocietate rerum quæ lucri & damni communio ſit inter ſocios: Quæ huius communionis partes; Tum in hac communione pro poteſtate iudicii *Pro ſocio*, quæ ſingulorum ſociorum inter ipſos mutuæ præſtationes.

Mutuas ſociorum præſtationes ex fine ſocietatis æſtimari. I.

Tractandarum rerum partitio & ordo. II.

Societatem contrahi aut omnium bonorum, aut unius certæ rei nominatim. III.

In illa venire in communionem bona omnia cum præſentia, tum futura, & undecunque quæſita. IV.

Nec corpora tantum, ſed & actiones; & quid hæ, quoad communionem attinet, differunt a rebus corporalibus. V.

Bona, quæ coeuntium propria ſtatim ſine traditione fieri ſociorum communia; ſecus quæſita poſt ſocietatem; & quare. VI.

Maleficio quæſita non veniunt in communionem: quid ſi & hæc ſponte collata; & quæ conſectaria. VII.

Superiora *& ad eam, quæ eſt inter maritum & uxorem Gallorum moribus recepta, ſocietatem pertinere.* VIII.

Societatem contractam ſimpliciter *eſſe rerum dumtaxat, quæ ex quæſtu proveniunt: & quæ ſint ex quæſtu, & quæ extra eam cauſſam.* IX.

Item rerum eſſe quæ ex eo dumtaxat quæſtu proveniunt, cuius nomine contracta ſocietas. X.

Impenſas in rem ſocietatis factas, & damna propter ſocietatem accepta ab uno ex ſociis ad omnes ſpectare. Exempla utriuſque generis. XI. XII.

Sed & illa venire in communionem, ſi res ſit de ſocietate bonorum, quæ extra cauſſam ſocietatis ab uno ſociorum impenſa honeſte, & nulla eius culpa amiſſa. XIII.

Filiæ ex alio etiam matrimonio ſuſceptæ utut vel a marito, vel ab uxore debeatur dos iure ſocietatis, ab utroque præſtanda apud Gallos XIV.

At illud non item, quod ex his alter ſeu vir, ſeu uxor in honorem liberorum contulit; & vel maleficio perdidit, aut culpa. XV.

Lucri & damni partes æquandæ inter ſocios; ſecus ſtandum eſſe conventis; & quatenus. XVI.

An, & quatenus ſocietas iniri poſſit ut aliam damni, aliam lucri partem ſocius ferat. Servii ſententia in L. 30. D. pro ſoc. *obſcurior exponitur.* XVII.

Partibus inter ſocios diſtributis, an quidquid alter in ſocium ex impenſa contulit, aut ex illius damno recepit; & illud eroganti liberationem præſtet; & hoc in accipientis proprietatem cedat; & quatenus. XVIII.

Præſtatio inter ſocios alia quæſitarum; quærendarum rerum alia. XIX.

Quæſitarum rerum fructus, & obventio, & omnis cauſſa in commune conferenda. XX.

Item omne damnum dolo vel culpa illatum præſtandum, & quæ culpa ex proprio facto præſtanda. XXI.

Quærendarum rerum nomine quod quis non acquiſivit dolo, vel negligentia, præſtandum. XXII.

Item ſociis de eo cavendum, quod ad eum ex cauſſa ſocietatis ſpes eſt perventurum. XXIII.

Eſt etiam præſtatio damnorum in ſocietate cum præſentium, tum futurorum, & quomodo illa ſarcienda, & futurorum nomine cavendum. XXIV.

I. CONtracta ſocietas habet ipſa ſuam obligationem, & in hac obligatione mutuas inter ſocios præſtationes, ex ratione æqui & boni iure definitas.

Ac

Ac tales hæ ſunt, quales finis contractæ ſocietatis exigere viſus eſt. Ita & de his, deque omni parte ſocietatis ex hoc fine iudicandum eſt.

II. Dixi ſupra ſocietatem communionem eſſe ſuſceptam inter aliquos lucri, ac propter lucrum damni inter ipſos communicandi gratia. Proinde omnis de ſocietatis obligatione quæſtio aut de rebus eſt & lucris, aut de damnis ſocietatis communibus. De quibus ipſis ad efficiendam in his eam communicationem, quam in ſocietate eſſe volumus, hæc tria ordine quæri neceſſe eſt. Primum quæ res & lucra, quæ item damna communia eſſe debeant inter ſocios. Deinde pro quibus partibus. Poſtremo quæ in hac communione mutuæ iſtæ ſint ſociorum pro poteſtate iudicii præſtationes. Et lucra ac commoda itemque damna inter ſocios communia debent eſſe ea, quæ ad cauſſam & rationem ſocietatis pertinent, ſeu quæ ex ſocietate contracta pendenr. Quod hinc non pendet, ſive damnum, ſive lucrum, in communionem ſocietatis non venit. *L. cum duobus*, 52. *§. cum duo. L. pro ſocio.* 38. *L. ſed nec*, 12. *D. pro ſoc.* Quæ lucra ad ſocietatis cauſſam pertineant, ſeu quæ inde pendeant, ex genere ſocietatis contractæ æſtimandum eſt.

III. Contrahitur omnis [1] ſocietas, aut nominatim & ſpecialiter omnium bonorum; aut ſimpliciter, aut nominatim unius rei, puta certæ alicuius negotiationis, aut artificii, aut fundi in commune empti. Ut in his generibus non una & eadem conventio eſt: ita diverſa in ſingulis conventio aliam atque aliam communionem inducit. Sententia cum verborum, tum contrahentium ita exigente.

IV. Cum ſpecialiter omnium bonorum ſocietas coita eſt, apparet conventionem id efficere, ut omnia hona in ſocietatem & communionem veniant, tam præſentia, quam futura. Et venire placuit, nec intereſt, unde ea aut qua ratione ſint quæſita: utrum opera ſociorum, an vero alieno beneficio, an etiam ob alienum delictum obtigerint. Opera ſociorum; veluti ſi quid ex emptione, venditione, locatione, conductione, & ſimilibus commerciis. De quo minus dubitationis eſt, cum & ex aliis ſocietatibus hæc eadem in ſocietatis rationem veniant. *L. coire*, 7. & ſeqq. *D. pro ſoc.* Alieno beneficio; veluti hereditates, legata, donationes in ſocios collatæ. Ob alienum delictum; veluti ſi quid ſocius ob iniuriam ſibi ſuiſque factam, aut damnum ſibi vel filii corpori datum conſecutus ſit. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 3. *§.* 1. *L. cum duobus*, 52. *§. pen. L. ſi ſocietatem*, 73. in princip. *D. eod.*

V. Et quæ in nominibus ſunt, id eſt actiones & perſecutiones omnes ſociorum, in eadem cauſſa habentur, *d. L.* 3. in princ. Quæ omnia recte reſponſa ſunt a veteribus ex vi & ſignificatione verbi. Nam bonorum appellatione omnia ad ius noſtrum pertinentia, non tantum corpora, ſed & actiones & perſecutiones continentur. *L. bonorum*, *D. de verb. ſign.* Nec tantum ea, quæ nunc ſunt; ſed & ea quæ poſtea futura ſunt. *L. ult. C. quæ res pign. oblig. poſ.* Tantum in hac rerum & bonorum communicatione hoc inter corpora, & actiones intereſt, quod corpora, quæ coeuntium ſunt, continuo communicantur. Ea vero quæ ſunt in nominibus, ſeu actiones, manent in ſuo ſtatu: ſed actiones invicem præſtare, id eſt cedere debent, ut traditur in *d. L.* 1. in fin. *L.* 3. in princ. *pro ſocio*. Ac ſine ceſſione, non poſſunt quæ actiones unius fuerunt, ab aliis exerceri. *L. poſſeſſio*, 49. *§. ult. D. de acquir. poſſeſſ.* Id facit actionum in perſonam natura: quæ ita cuique conſtitutæ ſunt, ut tribuantur certæ perſonæ, nec perſonam egrediantur. Utputa actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo eum, cui aliquid ex empto aut vendito debebatur, ſocietatem omnium bonorum cum aliquo contraxiſſe. Ius non patitur, ut hæc actio fiat ſocio communis. Quoniam [2] ſocius non eſt is, qui emit, aut vendidit. Sed ceſſa exerceri poteſt ab eo, cui ceſſa eſt: verum ex perſona tantum eius, qui mandavit, ſocio procuratore in rem ſuam conſtituto. *L. ult. C. quando fiſc. vel privat. L. qui ſtipendia*, *C. de procur. L. emptor*, *C. de hered. vel act. vend.* Quod tamen totum de directis actionibus, & quæ creditori ſocio competebant ſuo nomine, intelligendum eſt. Nam utiles non dubito, quin ſocius poſſit ſuo nomine exercere, quanvis non mandatis & ceſſis a creditnre ſocio actionibus; ut fit, quoties ex aliis iuſtis cauſſis placet inter aliquos, ut nomen quod eſt unius, transferatur ad alte-

1) Varias & perplures diviſiones recenſet Mozz. *de Societ.* C. 2. *de Diviſione*.

2) Quia debitori invito alius creditor obtrudi nequit, Vult. *pr. I. h. t. n.* 13. Conn. 7. *Comm.* 13. *n.* 8. Licet, ait, quo ad ſocios, nominum & actionum ſocietas conſiſtat: quoad debitores tamen nihil de ſtatu & conditione obligationum mutatum eſt, qui nec dum mutarunt debitorem, nec igitur ab alio conveniri poſſunt, donec ceſſæ ſint actiones. Quia nec formulæ actionum, & iudiciorum id patiuntur, Duar. *h. t. C.* 1. Aliter Goth. *in d. L.* 3. *pr.*

Digitized by Google

alterum, puta nomine vendito, in ſolutum dato, aut legato. *L. emptor*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. vend. L. ult. C. quand. fiſc. vel pr. L. ex legato*, *C. de leg.* de quo poſtea ſuo loco dicetur.

VI. Sed & in communicatione corporum, quam in hac ſocietate omnium bonorum ineſſe volumus, hoc intereſt inter bona, quæ coeuntium ſunt, & ea, quæ poſtea acquiruntur, quod quæ coeuntium ſunt, ut loquitur Paulus, continuo communicantur, *L. 1. §. 1. D. pro ſocio*. Intelligit autem ea, quæ tunc ſunt ſociorum, cum ſocietatem coeunt. Et quod dicit continuo communicari, hoc ſentit, continuo ſingulorum ſociorum fieri propria pro parte sine alia traditione. Nec quiſquam contrarium eſſe putet, quod traditio ad dominium transferendum iure exigitur. *L. traditionibus*, *C. de pact.* Nam & hic licet aperte traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire, ut ſubiicitur in *L. 2. D. eod.* Quaſi ſcilicet ſocii in hac voluntate communicationis intelligantur, quod totum de ſuo poſſidebant, velle iam tum pro parte [3] nomine ſociorum poſſidere. Porro qui alieno nomine poſſidet, conſtituit poſſeſſorem eum, cuius nomine poſſidet. *L. quod. meo.* in princip. *D. de acquirend. poſſeſſ.* Ita hac voluntate quæritur poſſeſſio pro parte ſociis: per poſſeſſionem autem ſemper dominium, ubi dominus eſt, qui poſſeſſionem hoc animo tranſtulit. *L. traditio*, *§. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his Inſt. per quas perſ. nob. acq.* At non item quæ poſtea acquiruntur, ſimul atque quæſita ſunt, fiunt communia, ſed eius ſolum, qui quæſivit: verum ſocietatis iudicio cogitur, qui quæſivit, ea [4] communicare, ut eſt in *L. ſi quis ſocietatem*, *74. D. pro ſocio*. Unde in *L. ſi ſocietatem*, *præced.* dicuntur ea quæ poſtea obvenerunt, in commune redigenda. Non rediguntur autem in commune, quæ iam ante ſunt communia: uti nec poteſt noſtrum amplius fieri, quod iam ante noſtrum eſt. *§. ſic itaque Inſt. de act.* Differentiæ ratio eſt, quod poſtea quæſita, non poſſunt fieri aliorum ſociorum, quibus ea tradita aut legata non ſunt, niſi prius conſiſtant in perſona eius, qui acquiſivit, ut ſic deinde eius facta per eum tranſeant ad alios. At poſtquam iſta eius eſſe cœperunt, nulla nova conventio intervenit de his poſtea transferendis, neque porro poſſeſſionis translatio ſine conventione, aut traditione nova intelligitur. Horum utrumque contra intervenit in bonis quæ coeuntium fuerunt, cum poſtquam hæc ſingulorum eſſent, ſequitur inter eos ſocietatis coitio, ac per ſocietatem communicandi ea, quæ habent, voluntas.

VII. Illa plane ne in ſocietatem quidem omnium bonorum veniunt, quæ ex prohibitis cauſſis ad quemque ſociorum pervenerunt; puta furto, vi, rapina, aut alio maleficio. Non ſolum quia rei turpis nulla ſocietas eſt: *L. nec prætermittendum*, *57. D. pro ſocio*, ſed multo magis quia ſocietas bonorum contracta eſt: maleficio autem quæſita non ſunt in bonis eius, qui quæſivit. Non enim habet de ea perſequenda actionem: id quod eſt proprium eorum, quæ ſunt in bonis. *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. dom.* Si tamen hæc ſponte in medium collata ſint, non illa quidem erunt communia; non enim id ius patitur, cum nec communicantis ſocii fuerint: ſed tamen lucrum ſi quod ex ea pecunia redactum erit, fiet commune. Nec ſi ſocius qui contulit, velit ea de ſocietate recipere, aliter id facere poterit, quam ſi de his fuerit condemnatus. Quo caſu id quod contulit, de communi auſert, interdum ſolum, interdum cum pœna quam ipſe luit. Solum, ſi inſciente ſocio in ſocietatis rationem hoc contulerit. Quod ſi ſciente, etiam ſocium pœnam agnoſcere oportet. Quæ tamen ipſa cum de lucro illarum rerum, tum de pœna ex medio auferenda ſic accipienda ſunt ſi ab initio honeſtæ & licitæ rei ſocietas coita ſit, ac deinde per occaſionem eius ſocietatis aliquid maleficio partum in eam collatum. Cæterum ſi maleficii ſocietas coita ſit, placet rerum turpium nullam eſſe ſocietatem. Hæc ad iſtam ſententiam traduntur; in *L. cum duobus*, *52. §. ult. cum LL. 5. ſeqq. D. pro ſoc.*

VIII. Huiuſmodi ſocietas omnium bonorum cum moribus fere totius Galliæ recepta ſit inter [5] maritum & uxorem, niſi quid

3) Et ita per clauſulam conſtituti, ut vulgo Gomez. 2. *Reſol.* 5. *n.* 3. Tiraq. *de iure conſt. poſſeſſ. p.* 2. *ampl.* 31. *n.* 6.

4) Covar. 3. *Reſol.* 19. *n.* 1. Quæ ſcilicet quæſita nomine proprio Tiraq. *d. loc. n.* 8. Interim igitur ſocius eas res efficaciter alienat, tanquam ſuas, Don. ad Rub. *C. h. t. n.* 24.

5) Alibi tamen omnium omnino, alibi omnium mobilium & ex rebus ſoli ſtante matrimonio quæſitorum, de quo teſtantur, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 20. *Gl. un. n.* 4. Baro. *in* §. 1. *I. h. t.* Duar. *ad h. t. C. Ne ux. pro marito*. Cuiac. 4. *ad Afric. in L.* 17. §. *ult. ad SC. Vell.* & in *C.* 1. 2. *&* 3. *C. de don. int. vir.* Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. *C.* 10. referens ea inter maritum & præmortuæ uxoris heredes, ac contra, dividi. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 13. Balduin. *ad LL. Romuli in L.* 13. Cont. *à Subſec. Lect.* 19. *n.* 2. Renat. Chopp. *Lib.* 2. *de Priv. ruſt. P.* 2. *C.* 2. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 29. *in fin.* Quæ & in

quid dotali inſtrumento exceptum ſit; intelligere debebimus ſuperiora de hac quoque ſocietate dicta eſſe. Niſi quod in his, quæ poſt contractum matrimoninm alterutri coniugum quæſita ſunt, dici poteſt hæc quoque inter eos continuo communia fieri, non expectata nova eorum communicatione: ſcilicet quia hic lex ſocietatem & communionem aut inducit, aut ratam eſſe iubet. Cuius voluntate ſola & imperio dominia transferri conſtat. Ut intelligere licet exemplo rei legatæ, cuius dominium recta tranſit a teſtatore ad legatarium, tantum ideo quod lex confirmat ſupremas voluntates, & quod quiſque legaſſit, ita ius eſſe iubet. *L. a Titio, D. de furt. L. verbis, D. de verb. ſignif.*

IX. Alia cauſſa eſt ſocietatis ſimpliciter contractæ. Sic appellatur in *L. coire, 7. D. pro ſocio*. Dicitur autem ſimpliciter contracta, in qua ſolum dicunt ſocii ſibi placere, ut inter ipſos ſocietas ſit, nulla adiecta deſignatione rerum aut univerſorum, aut unius alicuius certæ, ex qua ſocietas contraheretur. Hæc quia verbo generali ſocietatis utitur, nec quidquam excipit, videbatur hoc exigere, ut omnium rerum, & bonorum ſocietas contracta intelligeretur, *arg. in L. ſi ſervitus, D. de ſervit. urb. præd.* Sed ſententia contrahentium aliter accepta eſt. Viſum eſt enim, quia ſocietas contrahitur lucri ex ea faciendi cauſſa, niſi quid fuerit diſtinctum, ſocietatem ad hunc ipſum finem referri. Quamobrem & illud placuit ſocietatem coitam videri univerſorum quidem, ſed eorum ſolum quæ ex quæſtu veniunt. Quæſtum autem eſſe, ſi quid ex opera & negotiatione cuiuſque ſocii acquiratur. Cuiuſmodi ſunt, quæ acquiruntur emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus & ſimilibus commerciis. Extra hanc cauſſam eſſe [6] hereditates, legata, donationes, quæ cuique ſociorum obtigerint. Et generaliter quidquid alienn beneficio aut ob alienam iniuriam acceſſerit. Hoc in *d. L. coire, 7.* & *LL.* 6. ſeqq. *D pro ſoc.*

X. Quod ſi ſocietas unius alicuius rei nominatim contracta ſit, hic duas ad res adſtringitur ſocietas; primum ut ſit eorum tantum, quæ ex quæſtu veniunt. Tum ut ſit ex quæſtu, qui ex ea cauſſa deſcendat. Quod ex alia cauſſa quæſitum eſt, conſtat id ad communionem non pertinere. *L. cum duobus, 52. §. cum duo, D. pro ſoc.*

XI. Ut lucra, ita non minus damna, quæ unus ex ſociis paſſus eſt, aut in poſterum metuit, in rationem ſocietatis veniunt ſolum ea, quæ ad ſocietatem pertinent, ſeu quæ ex ſocietate pendent. *d. L. ſed nec, 12. d. L. pro ſocio. 38. D. pro ſoc.* Itaque quæ huc pertineant, etiam hoc loco cognoſcendum eſt. Et pertinent genera duo: impenſæ in rem ſocietatis ab uno ex ſociis factæ; & damna aliunde propter ſocietatem contingentia. Primum impenſæ omnes in rem ſocietatis ita factæ, ut his [7] melior ſocietatis cauſſa fieret: veluti, ſi quid emit ſocius de ſuo nomine ſocietatis, ſi agros communes coluit, ſi pavit armenta, ſi familiam ad ſocietatis operas neceſſariam aluit. *d. L. pro ſocio, 38. §. ult. d. L. si unus, 67.* in pr. & *§. pen. pro ſoc.* Ex hoc genere impenſæ eſt etiam omne æs alienum ab uno ex ſociis contractum in communi negotio gerendo. Aut enim id de communi ſolvendum eſt, aut ſi ab uno ſolutum erit, is partem repetet a cæteris, ſive manente adhuc ſocietate, ſive diſtracta ſolutum ſit. Sed etſi nondum ſolutum ſit, ipſa tamen ſumma, in quam ſe unus obligavit, in rationem ſocietatis veniet, ut ea in commune agnita in commune diſſolvatur. *L. omne, 27. L. ſed nec æs, 12. d. L. si unus, 67.* in pr. *pro ſoc.*

XII. Alterum genus damni ad rationem ſocietatis pertinens eſt eorum, quæ ſocio amiſſa in rem quidem ſocietatis verſa non ſunt: ſed tamen in re communi gerenda per cauſſam ſocietatis ita amiſſa ſunt, ut ſocius aliter non eſſet amiſſurus. Veluti, ſi negotiationis alicuius ſocietate contracta, ſocius eius ſocietatis nomine ad merces comparandas profectus cum rebus ad eam profectionem & coemptionem neceſſariis, inciderit in latrones, ubi & pecuniam & res ſuas amiſerit, ipſe aut ſervi eius vulnerati ſint, in eamque curationem quid impenderit. In qua ſpecie Iuliani ſententia eſt, quæ & probatur, damnum commune eſſe, quia propter ſocietatem,

& in

& in ducatu Sleſvicenſi omnium bonorum P. Cypræ. *de Sponſal. C. 5. §. 14. n. 4. & §. 35. n. 5. & de Matrim. C. 8. n. 5.* Apud Brugenſes commune eſt quicquid illatum, aut hereditate, quæſtu, labore vel donatione partum. Curt. 2. *Conſil. ad Viv.* 1. & in pleraque Belgica Baſius *ad L. 3. §. 1. h. t. n. 2.* Apud Hiſpanos omnia ſtante matrimonio quæſita, Gomez. 2. *in L. Tauri*, 50. & 3. *ſeqq.* Covar. *de Matrim. P. 2. C. 7. §. 1. n. 7. & ſeqq.* Alex. Rauden. *Deciſ. Piſana*. 1. *n.* 2. *& ſeqq.* Iniqua tamen & inæqualis iſta conſuetudo, præſertim ſi mulier pecuniæ non plus conferat quam maritus, Operæ enim, laborum & induſtriæ ut tantum conferat rariſſimum eſt. Coſtal *ad L. 1. de don. inter vir.* leoninam eam vocans, & Sc. Gentil. *Lib. 1. de Don. int. vir. Cap.* 15.

6) Quæ titulo oneroſo quæſita, non quæ lucrativo. Et ſi ſocietas occaſio ſit donationis. Ut ſi quis ex cauſſa ſocietatis Principem acceſſit, qui illum muneratus eſt, Gomez. 2. *Reſol.* 5. *n.* 4.

7) Vid. Menoch. *de Arbitr. Caſu* 127. P. Buſius *in L. 67. §. 2. h. t. n.* 4. Io. Petr. Surd. *de Alim. Tit.* 6. *Q.* 13.

& in negotio communi gerendo id factum eſt. *L. cum duobus*, 52. §. *quidam*, *D. pro ſoc.* Negatur id in *L. ſocium*, 60. *D. eod.* ſed mox hæc ſententia corrigitur, rediturque ad ſententiam ſuperiorem Iuliani, nempe in *L. ſecundum*, proxime ſeq. *eod.* Sed ut damnum non ſolum propter ſocietatem, ſed etiam in negotio communi ſocietatis gerendo contigerit, exigimus. Quod ſi quid contigerit extra cauſſam ſocietatis, ideſt dum negotium commune ſocietatis non geritur; quantunvis evenerit per occaſionem ſocietatis, non tamen ex ſocietate pendere videbitur, eoque nec cæteros ſocios attinget. Veluti, ſi quis cum ſocium inſtituere vellet, eum propter ſocietatem ab eo contractam inſtituere deſierit, aut quod legaturus erat, revocaverit. Apparet hæc quidem nata per occaſionem ſocietatis ab eo contractæ. Placet tamen nihil horum in medium venire, tanquam quæ ſint extra cauſſam ſocietatis. *d. L. ſocium*, 60. §. *ult. pro ſoc.* Merito: nihil enim in his ſuſceptum eſt nomine ſocietatis, propter quod hæc damna contingerent.

XIII. Atque hæc omnium ſocietatum communia ſunt. Eſt tam in lucris & commodis, quam in damnis quiddam proprium ſocietatis omnium bonorum: quæ quia plus complectitur, eo & plura impendia ac damna facit communia inter ſocios. In quo hoc ſervatur, ut non tantum imputetur ſocietati, quod ſocius in rem ſocietatis impendit, aut propter ſocietatem ei abeſt; ſed etiam si quid extra cauſſam ſocietatis ſuo nomine præſtitit, quod quidem non culpa ſua præſtare neceſſe habuerit. Cuiuſmodi eſt, quod is ſeorſim habitans, aut aliquo neceſſario vel honeſte proficiſcens ad ſe & familiam honeſte alendam, impendit, aut in quod ſe eo nomine obligavit; cuiuſmodi omne æs alienum iam ante ſocietatem non turpiter contractum, quod is ſolvere coactus eſt. Quæ omnia dicimus exemplo eius ſocii omnium bonorum, qui quid ob iniuriarum actionem damnatus præſtitit, cum iniuria iudicis damnatus eſſet. De quo ſcriptum eſt in *L. cum duobus*, 52. §. *ult. pro ſoc.* debere eum id damnum ex communi conſequi. Et tamen id vere non debuit. Sed ſatis eſt, quod propter iudicati auctoritatem id præſtare neceſſe habuit, idque ſine ullo maleficio aut culpa ſua. Sed ut maleficium, & culpa eius abſit, exigimus. Cæterum ſi quid ſocius impenderit turpiter, aut ob maleficium ſuum, ſi quam obligationem ex prohibita cauſſa in ſe ſuſceperit; non feret id damnum ex communi; ſed ſolus id pati debet; veluti, ſi quid iniuriarum actione iure damnatus præſtiterit; ſi quid in alea, aut adulterio perdiderit. *d. L. cum duobus*, in fin. *L. adeo*, 58. §. *ult. D. pro ſoc.* Nec minus idem placet, etsi quid ſocius omnium bonorum præſtiterit, aut qua in re ſe obligarit, cui præſtationi non turpitudo aut maleficium eius, ſed culpa ſola cauſſam dederit. Exemplo eſt is, qui cum in ius vocatus eſſet ex ea cauſſa, ex qua vere non debebat, ad iudicium non adfuit, eoque abſens condemnatus eſt. Quem & ipſum placet non debere id de communi conſequi. *d. L. cum duobus*, in fin. Scilicet quia culpa eius hoc damnum contigit, qui magis propter abſentiam victus videtur, quamquam malam cauſſam haberet, ut eſt in *L. ſi ideo*, 55. *D. de evict.*

XIV. Quæ ſi in ſocietate omnium bonorum de damnis & impendiis ab uno ſocio factis recte dicuntur: poſtquam eiuſmodi ſocietas moribus fere totius Galliæ contrahitur inter virum & uxorem, neceſſe eſt & huius partis ius ſuperius ad eam ſocietatem pertinere. Ex quo de his quæ ſubiicio, de quibus ſæpe quæri ſolet, poterit facile, & ſine errore iudicari. Maritus collocavit filiam, & dotem pro ea dedit, cum eſſet eius ſolius filia ex priore matrimonio ſuſcepta. Quorum erit hoc onus dotis? mariti ſolius, an amborum commune? Dicemus [8] commune eſſe, ut marito quandoque mortuo huius erogationis partem uxor aut heredes eius agnoſcere debeant. Quippe pater præſtare neceſſe habuit. Cuius officium eſt collocare & dotare filiam, ad quod & iure civili cogitur. *L. capite*, *D. de rit. nupt.* Præſtandi autem neceſſitas ex honeſtiſſima cauſſa pietatis, & dotis, quæ etiam reipublicæ præſtari exiſtimatur. *L. 1. D. ſol. matr.* Quid ſi idem fecerit in filia ſua uxor, quam conſtat in poteſtate filiam non habere, & iure civili non ſimiliter cogi

8) Ita & noſter ad *Aut. C. h. t. n.* 19. Menoch. *Caſ.* 127. n. 3. hanc receptiorem vocans opinionem, Fachin. 8. *Contr.* 4. Bapt. de Hieronymis in *Conſ. Tract.* Mozzii *de ſociet.* ſubiecto, ex quo ut & ex *Conſ.* Manentis Coſtæ (qui diſſ.) itid. Mozz. *Tr.* ſubiecto, & ex ipſo Mozz. *Col.* 4. *de Naturat. n.* 42. apparet rem hanc magna contentione apud DD. agitari, ut fere neſciatur quæ ſententia ſit comprobatior, cum quævis a ſectatoribus vocetur communis. Ipſe Mozz. partes ſeptem modis componere tentat, præferens eam diſtinctionem, ut ſi dos parva & magnæ ſociorum facultates, obtineat affirmativa; ſin magna, contra: quod iudici definiendum relinquit. Quæ diſtinctio vix congruit. Quæſtio enim eſt de dote ex neceſſitate præſtita pro modo facultatum. Sed affirmativam omnino probat *L.* 73 §. *1. h. t.*

cogi ad dotem dandam? *d. L. capite, de rit. nupt.* Nihilominus idem dicemus. Non debet mater dotem filiæ iure civili. At debet natura pietatis iure, & quidem ita, ut ex hac cauſa si mater dotem filiæ nomine ſolverit, dum ſe obligatam putat, non repetat, tanquam debitam natura. *L. cum is, §. mulier, D. de cond. ind.* Natura qui debet, eum iure gentium dare oportet, ut eſt in *L. cum amplius, §. is natura, D. de reg. iur.* quod nihil aliud eſt, quam eum qui ita debet, officio honeſti cogente, neceſſe habere præſtare. In cæteris ſocietatibus ad onus ſocietatis non pertinet, dos quam ſocius pro filia promiſerit aut dederit, niſi convenerit inter ſocios, ut de communi dos conſtitueretur. *L. ſi ſocius, 81. D. pro ſoc.*

XV. Quid, ſi maritus aut uxor in honorem liberorum aliquid contulerint, veluti ut honorificentius aut gratioſius inirent magiſtratum, aut lautior eſſet & ſplendidior apparatus nuptiarum? Quia non habuerunt neceſſe eos ſumptus facere, dicemus unumquemque eos ſumptus ferre de ſuo, non de communi ſumere debere: niſi nominatim convenerit in ſocietate contrahenda, ut quidquid erogaretur, 9 communis impendii eſſet. *L. ſi ſocietatem, 73. §. 1. D. pro ſoc.* Quanto minus commune damnum erit inter maritum & uxorem, ſi quid unus ob maleficium ſuum perdiderit? Et ideo ſi maritus ob delictum damnatus erit, & pœnæ nomine certam ſummam fiſco inferre iuſſus: mortuo eo, aut aliter ſoluto matrimonio, diviſio bonorum inter mariti heredes, aut fiſcum, & inter uxorem ſuperſtitem, uxoriſve heredes ita inſtitui debebit, ut dividantur bona, quæ conſtante matrimonio fuerunt, non deducta illa pœna, quam maritus luere debet. Quo deinde eorum bonorum partem dimidiam ferat uxor integram, nec illa pœna imminutam, quando hoc damnum uxor ſentire non cogitur. Altera autem pars ſic attribuatur marito, ſucceſſoriſve eius, ut ex ea parte pœna ab eo dependatur. Sic enim fiet, ut damnum, quod ex delicto mariti contigit, ſit eius proprium, non commune.

XVI. Iam de partibus ſocietatis, quæ ſint in iſta lucri & damni communione de qua diximus, videamus. Non enim ſemper inter ſocios æquæ partes ſervantur, nec omnis conventio de partibus inæqualibus rata eſt. Et explicatur hic locus in *L. ſi non fuerint, 29. L. Mucius, ſeq. D. pro ſoc. §. 1. Inſt. de ſoc.* Summa autem hæc eſt. Si non fuerint partes conventioni adiectæ, 10 æquas inter ſocios ſervari. Si quid aliud de partibus placuerit, omnem in eo conventionem 11 eſſe ſervandam: quo ſpectat diſputatio *§. 1. Inſt. eod.* Unam exceptionem hanc eſſe, niſi ſocietas ita coita ſit, ut alter lucrum ſolus, alter damnum totum, aut partem damni ſentiret. Hoc modo ſocietatem contractam nullius eſſe momenti. Eſſe enim leoninam ſocietatem, ut Caſſium iam ante dixi ſolitum eſſe appellare. *d. L. si non fuerint, 29. §. ult. pro ſoc.* Idque ſumptum ex apologo de leone, aſino, & vulpe. Unde & proverbium natum 12 *Leonina ſocietas.* De quo Eraſmus in *Chil.* Sed etſi ita convenerit, ut unus partem lucri ferat, de damno non teneatur; placet quidem valere conventionem, ſed ita demum, ſi tanti ſit opera eius, qui de damno non tenetur, quanti damnum eſt; non aliter, *d. L. ſi non fuerint, 29. pro ſoc. §. 1.* in fin. *Inſt. eod.*

XVII. De una ſpecie etiam nunc ambigi poteſt, si ſocietas ita coita sit, ut aliam damni, aliam lucri partem ſocius ferat,

9) Imo & hæc Mozz. *C. 2. de Diviſ. n.* 10. verſ. *quare inferetur*. ubi & ſtudioſo filio unius ſocii ab omnibus ſumptus ſubminiſtrandos contendit, quod ipſum, & noſter ad Rub *C. h. n* 18. admittit, ſi ante contractum initum filius ſtudiis deſtinatus, quia, ait, negocia libere inchoata, neceſſario perficiuntur. Adde quod eo caſu ſociis imputari poſſit, quare ſi de eo teneri noluerunt, ſibi non aperte caverint. Eſt certe hæc natura univerſalis ſocietatis, vel appellatione ipſa innuente, ut quæcunque tum lucri tum impendia ſint communia. Ergo & quæ in honorem liberorum, honeſte tamen & decenter, non profuſe, non doloſe ac in fraudem ſociorum, (bonæ enim fidei ratio ſemper hic habenda) erogata. Forte etiam poſt initam ſocietatem natorum, quia cogitare debuit hoc evenire poſſe. Et ubi fortuiti caſus par in utramque partem ratio, neuter læditur *L. 2. C. de inof.* Denique cum quando liberum, liberum ſit diſcedere, permanendo, in præſentem conditionem ſocii, & quæ ei conſequentia ſunt, conſentit. Nec obſtat *d. L.* 73. §. 1. Semper enim in ſocietate univerſarum fortunarum ea, ſaltem tacita, conventio, ut quicquid erogetur vel quæreretur, communis lucri atque impendii ſit.

10) Servata tamen proportione Geometrica, Menoch. *Arb. Caſ.* 125. habito reſpectu ad inæqualem ſortis ſive bonorum collationem, diſſ. Hopp. *L.* 5 ... *p.* 160. *& ſeq.*

11) Et ſi ita ut partes æquales ſint, cum res collatæ inæquales, Menoch. *d. C.* 125. *n.* 6. Sed Gomez. 2. *Reſ.* 5. *n.* 5. quando res collatæ æquales non valere pactum ut inæqualis ſiat diviſio, niſi unius opera vel induſtria maior, cum inter fratres ſervanda ſit æqualitas Societas autem habet ius fraternitatis Non autem vitiare hoc pactum contractum, ſed vitiari, tanquam ſubſtantiæ illius repugnans, arg *L.* 14. *pr. de precar.* Fluctuat hic Mozz. *Col.* 5. *de Accidental. n.* 4.

12) Quia ſocius quaſi leo prædo ac devorator eſt. Sic Lactant. *Lt. 4. inſ. C.* 20. *Facta eſt mihi hereditas ſicut leo.* Ræv. *ad L.* 10. *de R. I. circa fin.* Male autem & contra ipſa *d. §. ult.* verba Gomez 2. *Reſ.* 5 *n.* 5. hic non contractum ſocietatis nullum eſſe, ſed conventionem ſolam adiectam vitiari, re ad æqualitatem reducta. Probe autem infert nihil agi ſi quis crediderit nummos ea lege, ut ex illa mutuo accipiens negotietur, & ſi lucretur habeat partem lucri, ſin damnum ſentiat pecunia ipſi ſalva ſit, de quo fuſius Covar. 3. *Reſol.* 2. *n.* 3. *&* 4.

ferat. Puta ſi Titius & Seius inter ſe ita pacti ſint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia. De hac ſpecie varie referri videtur Servii ſententia. In §. 2. *Inſtitut. de ſoc.* Sic refertur, quaſi ille adverſus Mucii ſententiam ſenſerit eam pactionem ratam eſſe: quæ & ſententia illic dicitur obtinuiſſe. In *L. Mucius*, 30. *D. pro ſoc.* Contra ſcriptum eſt, Servium in notis Mucii dicere, nec poſſe ſocietatem ita contrahi: quaſi ſententiam Mucii aperte confirmet, non reprehendat. Et tamen hoc idem de Servio in extremo eiuſdem reſponſi negari videtur. Res ſic habet, Ut eodem tempore aliam partem lucri, aliam damni ſocius ferat, neque fieri natura, neque conventione utiliter poteſt. Nunquam enim eodem tempore poteſt ex eadem ſocietate ſimul eſſe damnum & lucrum: quoniam ut eſt in ea. *L. Mucius.* neque lucrum intelligitur, niſi omni damno deducto: neque damnum, niſi omni deducto lucro. Quo fit, ut si deducto damno lucrum ſuperſit, necesse ſit ſolum hic lucrum eſse quod non niſi illo deducto æſtimatur: ſin deducto lucro nihil ſuperſit niſi damnum, iam appareat nihil hic eſſe, niſi damnum. Hoc modo si ſenſit Mucius non poſſe convenire, ut aliam damni, aliam lucri partem ſocius ferat, recte ſenſit. Quod & Servius in notis affirmat. At ut diverſis temporibus hæ partes damni & lucri fiant inter ſocios, hoc vero natura fieri poſſe Servius concedit, hoc modo: Convenit inter ſocios, ut unus duas partes lucri ferret, damni tertiam, alter contra. Natura hoc ita recte fit, ſi conventionem ita interpretamur, ut ſi deducto damno aliquid lucri ſupereſt, huius lucri duæ partes ad priorem pertineant, ad alterum tertia. Contra ſi deducto omni lucro nihil ſupereſt niſi damnum, huius damni unam partem prior ferat, alter duas. Hoc cum natura fieri poſſit, an item admittendum ſit iure, quæſitum eſt. Etiam de hoc iure ſenſit Mucius, negavitque conventionem eſse ſervandam, tanquam quæ ſit contra naturam ſocietatis. Hic vero diſsenſit Servius, & ratam conventionem eſse habendam exiſtimavit: eaque ſententia eſt, quæ refertur in *d. L. Mucius, in extremo*. De eo autem effectu iuris cum ſolum ageretur in §. 2. *Inſt. eod.* merito ſolum in hanc partem [13] Servii ſententia relata eſt, ut qui in eo ſolum a Mucio diſsenſerit.

XVIII. Partibus ſocietatis ita conſtitutis, facit hæc diſtributio, ut qui partem tantum debuit ei, qui quid impendit, non poſſit pro aliorum parte conveniri: & contra cui pars tantum debetur ab eo, qui damnum dedit, si partem ab eo exigat, is, eam partem propriam habeat, nec cogatur eam communicare aliis. Quod tamen ita eſt, ſi omnes ſint ſolvendo. Quod ſi quidam non ſint, recte placuit, & damnum in hac re & lucrum commune eſſe debere. Et ideo si cum tres ſocii eſſent, unus in rem communem quid impenderit puta triginta, & decem ab uno conſequi non poſſit, placet quod ab eo ſervare non poteſt, hoc ad alterius tertii onus pertinere: non ut is teneatur pro altero, ſed ut damnum quod is qui impendit, in hac parte patitur, ſit commune iure ſocietatis & communionis initæ. *L. ſi unus*, 67. in pr. *pro ſoc.* E converſo si unus ex tribus damnum dederit rebus communibus, & ex duobus reliquis unus partem ſuam ab eo ſit conſecutus, deinde tertius cum eo agens partem conſequi non poſſit, placet eum qui ſolidum conſecutus eſt communicare debere hanc partem alteri, ut in hoc lucro ſociorum portio exæquetur. *L. verum*, 63. §. *ſi cum tres*, *D. pro ſoc.*

XIX. Reſtat tertium, ut poſitis his rebus, quæ ad communionem pertinent pro partibus inter ſocios conſtitutis, deinceps quæ ſit in hac communione obligatio ſociorum, quæ inter eos præſtationes mutuæ cognoſcamus. Et de rebus ac lucris ſocietatis alias præſtationes poſtulant res iam [14] quæſitæ, alias acquirendæ.

XX. De quæſitis præſtationum ſpecies duæ. Una, ut quidquid ex rebus ad ſocietatis cauſſam pertinentibus ad unum ex ſociis pervenit, id in commune conferat, pro partibus ſocietatis dividendum. Cuiuſmodi ſunt hæc: ſi res ipſas communes apud ſe habeat; ſi fructus ex his rebus ceperit; ſi quod ei ſolutum ſit æs alienum ſocietatis. *L. pro ſocio*, 38. §. *ult. L. ſi unus*, 67. §. *ſi unus*, *D. pro ſoc.*

XXI. Altera eſt, ut ſi in his rebus quovis modo ſocius deteriorem fecerit cauſſam ſocietatis, vel rem communem ſubtrahendo, vel celandi animo contrectando, vel damnum in ea re dando, id damnum omne ſarciat ſociis: non utique actione furti, aut ex lege Aquilia, quaſi hic nullæ aliæ actio-

13) Diſſ. Goth. *in not. d.* §. 2. emendando ſententiam inventens.

14) De fructibus rerum ſocietatis, vid. Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 1.

actiones competant, ſed & pro ſocio actione iure ſocietatis. *L. rei communis, 45. cum LL.* 6. ſeq. *L. ſi fundus, 39. L. de illo, 23. D. pro ſoc.* In quo placet ſocios inter ſe dolum & culpam præſtare debere. Sic enim definitur in *L. cum duobus, 52. §. 1. pro ſocio.* Sed quam culpam hic accipere debeamus, diligenter videndum eſt. Non enim omnem præſtat ſocius indiſtincte. Et ſiquidem culpa in faciendo eſt, omnem eam ſocius ſocio præſtat etiam levem ideſt omne factum ſuum, quo læſa ſit ſocietas, etiamſi conſueta in ſuis rebus imperitia, & incuria peccarit. *L. & quidquid, 21. d. L. de illo, 23. eod.* Quod ſi culpa non in faciendo erit, ſed in negligendo, ut peccet uno verbo negligentia, & deſidia; ſciamus etiam eum huius culpæ nomine teueri, quod quibuſdam locis diſerte tradirur, ut *L. non ob eam, 25. L. & ideo, ſeq.* Sed id ita accipiendum, ut non maiorem diligentiam hic ab eo exigamus, quam quanta ſuis rebus adhibere ſolet, ſcilicet ut re per negligentiam aut deſidiam eius amiſſa, non alterius negligentiæ nomine teneatur, quam latæ & diſſolutæ, ideſt eius, quam non admitteret in ſuis rebus. *L. ſocius, 72. D. eod. §. ult. Inſt. de ſoc.* Quod cur placeat in ſocietate potius, quam in cæteris contractibus bonæ fidei, in quibus utriuſque contrahentium utilitas verſatur, ratio reddita eſt in *d. L. ſocius, pro ſoc.* & §§. *ult. de ſoc.* Illud tenendum eſt, ſi quid caſu perierit, id ſocium non præſtare, apud quem res erat. Uſque adeo, ut placeat, ne ſic quidem eum præſtare, ſi res æſtimatæ curandæ illi traditæ fuerint: tametſi adiiciatur eum hoc caſu cuſtodiam debere, ut quocumque modo res perierit, dum non fortuito caſu, eo nomine ſociis teneatur is, qui æſtimatum accepit: veluti ſi res perierit furto. *L. cum duobus, 52. §. damna, D. pro ſoc.*

XXII. De acquirendis, quæ ſi quæſitæ eſſent, ad commuuionem ſocietatis pertinerent, duæ item præſtationum ſpecies. Una, ſi quid ſocius ex hoc genere rerum non acquiſivit, dolo malo, aut negligentia, quod alioqui acquirere potuiſſet; id tanquam quæſitum præſtet ſociis pro ea parte, quæ ad illos ex ſocietate redit. Veluti, ſi in ſocietate omnium bonorum ſocio hereditas delata ſit, aut legatum, & ille delatum repudiet. Vel non petita bonorum poſſeſſione negligentia ſit excluſus: aut ſi in ſocietate negotiationis certæ ſocius ad negotiationem exercendam adhibitus opportunitates rei bene gerendæ omiſerit, ſolita lucra amiſerit. *d. L. de illo, 23. §. 1. L. non ob eam, 25. L. & ideo, ſeq. pro ſoc.* Nec minus ad hanc partem pertinet, quod dicitur, ſocium ſocio deſidiæ & negligentiæ nomine teneri. *d. L. ſocius, 72. pro ſoc. d. §. ult. Inſt. de ſoc.* Non enim minus negligentia res delatæ amittuntur, quam quæſitæ pereuut.

XXIII. Altera ſpecies ad eas res pertinet, quæ nec quæſitæ ſunt adhuc, neque adhuc acquiri poſſunt, ſed ſpes eſt ad eum pervenire poſſe. De his hæc ſociis obligatio eſt, ut ſi dum ea ſpes pendet, ſocietas diſſolvatur, caveat ſocius ſe quod ex ea cauſſa ad ſe pervenerit, cæteris pro portione reſtituturum. Veluti, ſi quid ex ratione ſocietatis ei promiſſum ſit ſub conditione, & pendente conditione dirimatur ſocietas. Suntque hæ cautiones, quibus dicitur iudex pro ſocio proſpicere debere ſocils de futuro lucro pendente ex ea ſocietate. *L. pro ſoc.* 38. in pr. *pro ſoc.* Nam & tales interponuntur de futuro damno, quod ſocius metuat ex eo, quod quid ſub conditione promiſerit, ſi pendente conditione ſocietas dirimatur, ut mox dicetur. *L. omne, 27. eod.*

XXIV. De damnis, quæ [15] quiſque ſocius ex ſocietate paſſus eſt, aut pati poteſt, hæc ſocietatis obligatio eſt, ut eum reliqui ſocii pro ea parte damni, quæ ad eos pertinet, indemnem præſtare debeant. In quo ab his aliud præſentia damna & quæ iam contigerunt, aliud pendentia & futura exigunt. Præſentia & quæ anteceſſerunt, quæ quidem ad rationem ſocietatis pertineant, reliqui ſic agnoſcere debent, ut pro portione ſua farciant. *L. pro ſocio, 38. §. ult. L. cum duobus, 52. §. quidam, L. ſi unus, 67.* in princ. & *§. penult. D. pro ſocio.* De futuris & pendentibus quæ ſi incidiſſent, ad rationem ſocietatis pertinerent, exigitur a reliquis cautio, dum ſocietas diſſolvitur, qua caveant, ſi quid damni contigerit poſtea, ſe in eo ſocium indemnem præſtaturos: cuiuſmodi eſt, ſi quid ſocius ſub conditione ſe obligarit rem ſocietatis gerens, & interim dirimatur ſocietas. *L. omne,* 27. in fin. *d. L. ſi unus,* 67. in princip. *pro ſocio.* Suntque hæ cautiones quæ hic iti-

15) Computatio damni ut facienda inter ſocios, ſi unus pecuniam, alter operam contulerit, & num damnum ſortis amiſſæ pertineat pro rata ad eum qui operam contulit (quod negatur ſi tanti opera, quanti damnum) vid. Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 5. Covar. 3. *Reſol.* 2. *n.* 2. Fr. Munnoz. de Eſcobar. *Variar. computat. Cap.* 22. Arumæ. *Ex. Juſtin.* 15. *Th.* 2.

itidem ut in lucris, dicuntur in hoc iudicio de damno ex ſocietate pendente arbitrio Iudicis interponi debere. *d. L. pro ſocio*, 38. *pro ſocio*.

C A P. XVII.

Inter ſocios unam eſſe actionem, & eam utrinque directam, Pro ſocio; & cur diſſimiliter duæ in cæteris contractibus ſuperioribus. Quæ propria huius actionis, & quam multis rebus differat ab actione, Communi dividundo, etiam tum, cum hac agitur de rebus ex ſocietate communibus, aut de præſtationibus perſonalibus.

Quare predita actio pro ſocio; & cur una pro omnibus, & illa directa. I.
Actionum pro ſocio & Communi dividundo *differentia triplex*. II.
In rebus. III.
In petitione. IV.
In iudicii poteſtate atque exitu. V.
De perſonis, quæ quatenus facere poſſunt condemnantur, qui aptus dicendi locus. Et quid hic etiam animadverſione dignum in ſocio. VI.

I. Rerum ſuperiorum obtinendarum cauſſa conſtituta eſt ſociis actio, quæ dicitur pro ſocio, *§. ex quibuſdam, Inſt. de pœn. tem. litig. L. ut ſit*, 31. *D. pro ſoc.* Unde in hoc genere contractus variæ inſcriptiones Titulorum huius argumenti; a contractu, *De ſocietate* in *Inſtitutionibus*; ab actione, Titulus *Pro ſocio*. *D.* & *C.* Hæc actio illarum rerum nominè una eſt, eademque a quibuſcumque ſociis invicem exercetur, directa. *d. §. ex quibuſdam, de pœn. tem. litig.* Aliter, atque in ſuperioribus contractibus, in quibus duæ ſunt actiones mutuæ inter contrahentes conſtitutæ. Quod fit uniuſcuiuſque contractus natura ita exigente. Nam in ſuperioribus illis, emptione, venditione, locatione, conductione, diverſæ perſonæ ſunt contrahentium, diverſæ partes, & præſtationes. Alius eſt enim venditor, alius emptor, alius locator, & alius conductor, neque idem ſinguli præſtant. Hinc actiones cuique perſonæ convenientes attributæ; emptori ex empto, venditori ex vendito; locatori ex locato, conductori ex conducto. Idem licet obſervare in mandato & ſimilibus, in quibus una actio directa dicitur, altera contraria, de quibus paulo ante a me dictum eſt. At in ſocietate omnium ſociorum una perſona eſt, officium & obligatio eadem. Omnes enim pariter ſocii, & quod præſtant, præſtant omnes uno communi iure ſocietatis. Atque ut hæc actio una eſt ab utraque parte ſociorum de ſuperioribus præſtationibus; ita & ſola, nec de his alia eſt actio.

II. Quid proprium habeat, quando habet pleraque, operæ pretium eſt cognoſcere: vel eo magis quod actio Communi dividundo etiam de rebus communibus competit, quanvis ex ſocietate ſint communes. *L.* 2. *D. com. divid.* Habet inſuper & præſtationes perſonales. *L.* 1. *D. eod.* Quorum utroque facile fieri poteſt, ut ſimilitudine decepti alteram pro altera accipiamus. Id autem ita vitari poteſt; ſi cognoverimus quæ ſint utriuſque actionis propria. Quæ ideo ſubiiciemus. Eſt ergo inter has actiones iſtarum rerum differentia, quod neque ſemper in his agitur de iiſdem rebus; nec ſi quando de iiſdem, unquam tamen agitur eodem modo: & quæcumque hic petitio eſt, agitur longe diſſimili conventionis & condemnationis effectu. Ita differunt in ſumma hæ actiones rebus, petitione, & iudicii exitu.

III. In rebus hoc intereſt, quod communi dividundo actio non eſt, niſi de re communi: ut ſi res communis nulla ſit inter aliquos, ſive quod nunquam fuerit, ſive quod voluntate eorum a communione diſceſſum ſit, ceſſet iudicium communi dividundo, non tantum de corpore ipſo rei, quæ communis non eſt, ſed etiam de perſonalibus præſtationibus iis, quas hoc iudicium admittit. *L.* 1. in fin. *L. ſi quis putans*, 6. in pr. *D. com. divid.* Præſtationes illæ, quas dico, indicantur in *L.* 3. *D. eod. L. quibus*, 34. *D. pro ſoc.* Longe aliter actio pro ſocio. Hæc maxima ex parte non eſt de rebus communibus: ſed aut de pecunia, vel de fructibus perceptis, quæ res natura ſua diviſæ ſunt; aut de ſpecie quidem aliqua indiviſa, ſed quæ unius tantum ex ſociis ſit, non communis, ut ſoli ei quæſita: de qua ideo id agatur, ut communicetur. *L. ſi ſocietatem*, 73. *L. ſi quis ſocietatem, ſeq. D. pro ſoc.* Sed etſi agatur de re

re communi: nunquam tamen de ea ſit actio pro ſocio, niſi res ſit ex ſocietate communis: cum actio communi dividundo de omnibus rebus communibus competat tam quæ ex ſocietate, quam quæ citra ſocietatem ſint communes. *L. ut ſit*, 31. & ſeqq. 2. *D. pro ſoc. L.* 2. *D. com. divid.* At ſaltem hoc inter iſtas actiones in rebus commune erit, quod ambæ de rebus ex ſocietate communibus competant. Immo ne hac quidem in parte de iiſdem rebus competere exiſtimandæ ſunt, ſi de communibus agitur ut de communibus. Etſi enim de re communi agatur, quæ ſit apud unum ex ſociis, ut agi poteſt, ſive eam amoverit, ſive eam celandi animo contrectet. *L. rei*, 45. *D. pro ſoc.* non tamen agitur ut de communi, quo dividatur ſcilicet, ſed ut de re alia quavis ad ſocietatis rationem pertinente, dum id agitur ut veniat in medium, conſtituturis poſtea ſociis, quid de ea re fieri velint. Cæterum ut in re communi nunquam ad diviſionem eius rei agitur. Quod iam intelligetur ex petitione & fine utriuſque actionis.

IV. Eſt vero petitio & finis utriuſque longe diſſimilis. Actio communi dividundo comparata eſt quidem de rebus communibus; ſed eo, ut dividantur inter ſocios, atque his diviſis a communione diſcedatur. *L.* 1. *D. com. divid.* §. *quædam*, *Inſt. de act.* eaque prima & principalis huius actionis perſecutio eſt, quam deinde ſequuntur perſonales præſtationes, de quibus ante diximus, alioqui ſine communione rei una cum actione nullæ futuræ. *d. L.* 1. in fin. *com. divid.* Actio autem pro ſocio de perſonalibus præſtationibus tantum eſt: de his non agi tanquam de communibus, ut ante dixi: quoniam rerum communium proprium hoc eſt, ut unuſquiſque dominorum partem in his perſequatur: quam ut ſibi propriam habeat, diviſione rei conſequitur. Eſſe autem actionem pro ſocio de perſonalibus præſtationibus tantum extra diviſionem poſitis; ad diviſionem autem non pertinere, declarat Ulpianus in *L. ſi actum*, 43. *D. pro ſoc.* qui aliis verbis eamdem ſententiam exprimens ita ſcribit: *quoniam pro ſocio actio & nominum rationem habet, & adiudicationem non admittit*. Nomina dicuntur, quæ quiſque perſonali actione aliis debet. *L. ſervum filii*, §. *eum qui*, *D. de leg.* 1. *L. qui chirographum*, 59. *D. de leg.* 3. Itaque quod dicit actionem pro ſocio nominum rationem habere, nihil aliud eſt, quam in hanc actionem venire perſonales præſtationes earum rerum, quas ſocium ſocio debere ante diximus. Quod autem dicit actionem pro ſocio non admittere adiudicationem, aperte ſignificat non ſpectare ad rerum diviſionem. Nulla enim diviſio rerum, quæ petatur iudicio, eſſe poteſt ſine adiudicatione aut partium a iudice diſcretarum, quarum ſingulæ ſingulis adiudicantur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non poteſt, uni adiudicari ſolet. §. *eadem Inſt. de off. iud.* Contra actio pro ſocio dicitur magis ad perſonales invicem præſtationes pertinere, quam ad communium rerum diviſionem: ſic Paulus loquitur in *L.* 1. *D. com. divid.* Magis pertinere, elective dictum, non comparative, ut bene eo loco interpretatur Accurſius, ut ſit ſententia, non debere hæc verba ſic accipi, quaſi diceretur actionem pro ſocio competere ſimul & ad perſonales præſtationes, & ad rerum communium diviſionem; ſed ſi hæc inter ſe comparentur, magis competere ad præſtationes perſonales: verum hoc modo, ut ſi quæratur utrum actio pro ſocio pertineat ad horum capitum utrumque, an vero ad perſonales præſtationes tantum, eligenda ſit hæc ſententia, ſeu magis dicendum ſit ad perſonales præſtationes pertinere. Eadem forma dictum in *L. ſi vero*, 12. §. *cum quidam*, *D. mand.* eum qui aliquem commendavit amico, non obligari mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi cauſſa id fecerit. Ubi aperte conſtat non mandandi cauſſa quidquam factum, cum prius negaſſet Ulpianus mandati obligationem hic intervenire. Eodem modo dictum & illud a Paulo in *L. inter*, 26. §. *non omnia*, *D. mand.* quæ procurator impenſurus non fuit, ſi in gerendo negotio amiſit, ea mandatori non imputari. Nam hæc magis caſibus, quam mandato imputanda. Ubi plane hoc ſentit, hæc mandato non imputanda, quæ alioqui præſtanda eſſent. Sed ſunt huiuſmodi orationes aliæ infinitæ, quæ paſſim ſunt obviæ. Ex eadem iſta cauſſa eſt, quod ſublata rei communis diviſione, dicitur ceſſare communi dividundo actio. *L.* 1. in fin. *com. divid.* Non enim poteſt inſtitui rei communis diviſio, ubi nulla res eſt communis. Contra actio pro ſocio de iis quæ manente ſocietate contracta erant, etiam dirempta ſocietate manet, ut ſi nondum ſoluta ſunt, nunc præſtentur. *L. omne*, 27. *L. ſi unus*, 67. in pr. *pro ſoc.* Quippe in his ea petuntur, quæ quovis tempore præſtari poſſunt: actionem autem de his ſemel natam iure perpetuam fieri neceſſe eſt. *Inſt. de perp. & temp. act.* in princ. cum in diviſione

rei

rei communis petita id petitur, quod communione rei ſublata præſtari poſſe deſiit.

V. Poſtremo quæcunque res ſunt, quæ his iudiciis recte petuntur; earum exitus & poteſtas longe eſt diſſimilis. Diſcrimen duplex: unum in pecunia: alterum in damnati exiſtimatione. In communi dividundo actione ubi tanquam inter ſocios de re communi non agitur, ſed ut inter dominos rei communis, ſi de re pecuniaria agitur, ſocius partes ſuas ex diviſione ſolidas accipit, & ſi uni res tota adiudicatur, ob rem ſolidam acceptam par eſt etiam eum in ſolidam partis æſtimationem ſocio condemnari. *d. §. eadem, Inſtit. de off. iud.* In actione autem pro ſocio, qua inter ſocios ut ſocios agitur, hoc beneficium ſocio tributum eſt cum multis aliis perſonis commune, ut in id ſolum quod facere poteſt condemnetur, aut condemnatus conveniatur. Qui locus in ſociis explicatur fuse in *L. verum, 63. D. pro ſoc.*

VI. De his autem & plerisque aliis perſonis tractatio eſt communis, qui ſint, in id quod facere poſſunt, conveniantur, & quid hoc beneficio contineatur. Cui quæſtioni locus eſt, cum agitur de re iudicata. Tractatur in *L. qui ſunt*, & ſeqq. *LL. D. de re iud. §. ſunt præterea*, & ſeqq. 2. *Inſt. de act.* Tantum circa hoc beneficium monendi ſumus, ſic ſocium in id quod facere poteſt, condemnari, ut tamen quod ſocius ab eo conſequi non potuit, non illi ſemper pereat, ſed ſi tres ſocii ſint, poſſit id ab altero, qui ſolvendo eſt, pro rata conſequi. De quo dixi in partium ſocietatis diſtributione. Quod ad exiſtimationem damnati attinet, etiam hoc plus eſt in iudicio pro ſocio, quam in communi dividundo, quod actione pro ſocio damnatus ſit infamis, damnatus communi dividundo non item. *L. 1. D. de his qui not. inf.*

C A P. XVIII.

Nuptias ſocietatis ſpeciem eſſe. Antegreſſum in ſponſalibus. De his obiter indicatum, unde ius eius partis ſumatur. De nuptiis tractatum ex profeſſo. Nuptiæ quid ſint; Qui vocentur, & earum appellationum origo.

Tranſitio ad Nuptias. Sponſalia quare prætermiſſa. I.
Nuptias ad ſocietatis genus referri, & contractus formam tenere. II.
Nuptiæ quid ſint. Quatenus a rerum ſocietate differant. Harum per partes illuſtrata definitio. III.
Individua vitæ conſuetudo quæ ſit in nuptiis diſerte exponitur. IV.
Nuptiæ pluribus appellatæ nominibus; & unde appellationes derivatæ. V.
Item perſonarum factorumque cuiuſque contrahentium appellatio diſtincta, & quatenus. VI.

I. Atque hæc ſocietas rerum eſt: hæc eius ſocietatis obligatio, hæ præſtationes, & præſtationibus exigendis hæc actio propoſita. Eſt ſocietatis ſpecies altera, in qua ſocietatem vitæ eſſe diximus: quam uno verbo nuptias, matrimonium, coniugium appellamus. De qua iam dicam: ſi prius monuero, more publico fere uſurpatum eſſe, ut nuptias inter coniuges futuros præcedant ſponſalia, id eſt futurarum nuptiarum mentio & repromiſſio, ſic enim definiuntur in *L. 1. D. de ſponſ.* Sed eius partis tractationem me hic omittere conſulto. Sive quod eius iuris cognitio paucis admodum præceptis continetur, & his cum nuptiis magna ex parte communibus, quæ non difficile ſit ex Titulo brevi de ſponſalibus *D.* & *C.* percipere. Sive quod de ſponſalibus ea brevitate & perſpicuitate pene innata, ea etiam, ut quidem ego ſentio, doctrinæ veritate ſcripſit in hoc argumento Duarenus ille noſter, ut non ſi hunc locum pluribus perſequi ſtudeam, cupiam non dico alia ſententia, ſed etiam aliis verbis de eo ſcribere. Quare ne neceſſe ſit nos huc tranſcribere, quod ex eius ſcriptis rectius ſumi poteſt, ad nuptias, de qua ſpecie præcipue nunc agitur, ſtatim accedam.

II. Sunt vero nuptiæ, ut cœpi dicere, ſocietatis eius, de qua inſtitutus eſt ſermo, vere ſpecies. Neque id ſolum, ſed ſpecies ſocietatis arctiſſimæ præter cæteras: ſed hic ſtatim nobis occurritur. Nam ſi hoc ita eſt, ſimul & de nuptiis hæc ſuſcipi oportet, nuptias eſſe contractum, & contractum, qui conſenſu fiat, & in hoc genere referri ad ſocietatem. Hæc enim omnia de ſocietatis ſpecie dici neceſſe eſt; cum ſocietas ſit contractus, & is qui conſenſu conſiſtat, & non poſſit dici

dici ſpecies ſocietatis, niſi quæ & ipſa ſit ſocietas. Atqui de his plerique dubitant; ſunt etiam qui conſtanter negent. Nos igitur hæc ita eſse levi opera initio doceamus, ne quis forte iam a principio in diviſione ſocietatis inſtituta, & in loco huic tractationi de nuptiis attributo iudicium in nobis, & docendi methodum requirat. Aio nuptias eſse contractum. Quidni vero ita dicantur? Nam & nuptiæ dicuntur contrahi. *Inſt. de nupt.* in pr. Quod ſi & contrahi dicitur ſocietas, unde & contractus eſse intelligitur: *L. 5.* in pr. & fin. *L. qui admittitur*, 19. *L. ſi quis ſocietatem*, 74. *D. pro ſoc*, dubitabimus & nuptias ex eo contractum eſse dicere, cum ipſæ similiter contrahi dicantur? Coniugata hæc ſunt, contractus, & contrahere, ut neceſse ſit, in qua re, quæ conſenſu geratur, ineſt contrahendi verbum, in ea & contractum ineſse. Iam ut nuptiæ ſunt contractus, ita eſt & contractus, qui conſenſu ſolo perficiatur. Indicat regula iuris, quæ ita definit, *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit*. L. nuptias. *D. de reg. iu. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Poſtremo ne quis reformidet contractum hunc ad ſocietatem referre, ut ſit eius generis ſpecies, ſunt & nuptiæ ſocietas. At qualis ſocietas? quam ſupra dixi, quæ ſit ſcilicet omnium arctiſſima. Et dubitemus ita eſſe, cum veteres tot locis conſtanter hanc appellationem nuptiis tribuant, & definitione nuptiarum maxime confirment? Nominatim dicuntur nuptiæ ſocietas vitæ in *L. 1. D. de act. rer. am.* quo quid clarius? Dicuntur conſortium omnis vitæ in *L. 1. D. de rit. nupt.* eodem plane ſenſu. Sunt enim conſortium voluntarium, ac conſortii voluntarii verbo Papinianus ſocietatem intelligit in *L. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *D. pro ſoc.* Hinc vir & uxor dicti ſocii divinæ & humanæ domus. *L. adverſus*, *C. de crim. expil. her.* Et quinam ſunt ſocii, niſi inter quos eſt ſocietas, quæ ſola ſocios facit? *L. qui non admittitur*, 19. *L. ut ſit*, 31. *D. pro ſoc.* Sed maxime definitio nuptiarum id oſtendet, quam mox ſubiiciemus. Atque hoc probatum tale eſt, ut per ſe ſolum ſufficiat ad ſuperiora illa duo demonſtranda, nuptias contractum eſse, & contractum qui conſenſu ſolo perficiatur. Nam hæc omnia ſocietas in ſe continet. Quod ſi quis quærat, cur igitur veteres ſocietatem inter contractus non retulerint? Quæram ego viciſſim, cur inter contractus non retulerint dotis dationem; cuius tamen reſtitutio non minus ex obligatione eſt, qua qui accepit ad reſtituendum tenetur, quam pignoris dati reſtitutio, cum pecunia ſoluta eſt. Nempe hoc illis propoſitum fuiſſe apparet, ut de nuptiis ſeparato tractatu agerent, in quem eumdem omnia conferrent, quæ nuptiis ſunt adiuncta; ut tractatum de ſponſalibus, de donationibus propter nuptias, de dote, de pactis dotalibus, de donationibus inter virum & uxorem; etſi harum rerum obligatio & actio ex diverſis & maxime diſtinctis cauſſis oriatur. Nobis liceat unumquodque effectum ad ſuas cauſſas referre, cauſſas autem ſuo quaſque ordine exponere. Unum eſt præcipue, quod quibuſdam religionem iniicit, quominus nuptias contractum eſſe concedant, quod nullus ſit contractus, niſi ex quo obligatio contrahatur. §. *ult. Inſt. de obl.* Nulla autem his videatur obligatio ex nuptiis naſci inter coniuges; quod negent ex nuptiis rem ullam ſubeſſe, cuius ſolvendæ neceſſitate coniuges adſtringantur: quæ tamen neceſſitas proprie eſt obligationis. Sed ſi hanc rem, atque hanc neceſſitatem in nuptiis ſubeſſe probamus, opinor, illis ſatisfactum erit, & vel hoc nomine maxime nuptias contractum eſſe fatebuntur. De eo vero dicetur poſtea ſuo ordine. Ante quid ſint nuptiæ, & quomodo contrahantur, videndum eſt, ut contractu conſtituto, ſic deinde de obligatione, quæ hinc naſcitur, quæratur.

III. Nuptiæ ſic definiuntur apud *Iuſtin. Inſt. de patr. pot.* ut ſint viri & mulieris coniunctio individuam vitæ conſuetudinem continens. Nuptiæ ſunt coniunctio. Sane, & quidem arctiſſima, utpote qua coniuges corporibus ipſis, & convictu quotidano inter ſe coniunguntur. Sed verbum generis hoc eſt, etiam cum ſocietate rerum commune. Nam & ſocietas rerum coniunctio eſt, qua ſocii communione rerum inter ſe coniunguntur. Quam ob cauſſam etiam dicitur, hæc ſocietas ius fraternitatis quodammodo in ſe habere. *L. verum*, 63. in pr. *D. pro ſoc.* Et qui magis coniuncti quam fratres? Addendum igitur fuit, quo res a communione abſtraheretur, efficereturque quod eſſet proprium huius ſocietatis. Quam ad rem cætera definitionis collata ſunt. Hæc propria ſunt duo: unum poſitum in perſonis contrahentium, alterum in genere & qualitate coniunctionis. In perſonis diſcrimen tale. Nam rerum ſocietas & inter ſolos mares contrahi poteſt, & inter ſolas fœminas. Et ſi numerum ſociorum quærimus, inter plures ſocios quam duos. In

nuptiis

nuptiis diverſa omnia. Significatur hoc Illis verbis, cum dicuntur nuptiæ maris & fœminæ coniunctio. His enim intelligimus, nuptias eſſe a ſexu quidem non niſi inter marem & fœminam: numero autem ſolum inter duos, quorum alter vir ſit, altera fœmina: quandoquidem dicuntur non marium & fœminarum coniunctio, ſed maris & fœminæ numero ſingulari. Qua nota & polygamia removetur. De qua paulo poſt in præceptis connubialibus. Genus coniunctionis eſt id, quod dicitur habere conſuetudinem vitæ, & eam individuam. Conſuetudo vitæ eſt convictus vitæ interior, quo fiat, ut ſimul aliqui inter ſe coniuncti vivant. Quod in definitione Modeſtini dicitur conſortium vitæ, *L. 1. D. de rit. nupt.* ideſt ea ſocietas, qua ſocii inter ſe eiuſdem vitæ ſint participes, ſeu eumdem victum inter ſe communem habeant. Quod ſane non eſt in ſocietate, quæ ſpecialiter ita dicitur: in qua nihil prohibet ſocios ſeparatim vivere.

IV. Quod dicitur eſſe conſuetudo vitæ individua duo continet. Nam individuum dicitur Latinis, quod unum & connexum in ſeſe dividi non poteſt, quomodo atomos Cicero vocat corpora individua *Lib. 1. de finibus*. Hoc verbo intelligi debet: primum eam conſuetudinem hic accipi debere, quæ ſit indiviſa in præſentia. Deinde quæ in futurum dividi & dirimi non poſſit. Et ita res ſe habet, ut nuptiæ ſint conſuetudo & ſocietas vitæ indiviſa ideſt ea, quæ nihil indiviſum habeat inter coniuges. Proinde quæ habeat omnia communia, quæ ad convictum & ſocietatem vitæ pertineant. Quod quia non fit, niſi in corporum & rerum communicatione, inde bene dictum in *L. 1. D. de rit. nup.* nuptias eſſe divini & humani iuris communicationem: quod quam verum ſit, dicetur poſtea in ea obligatione, quæ ex nuptiis naſcitur. Nihil ſimile in ſocietate rerum, in qua res communes eſſe poſſunt. Corporum coniunctio nulla eſt. Nec minus verum eſt, conſuetudinem vitæ, quæ nuptiis ſuſcipitur, dividi & dirimi non poſſe. Primum nuptiæ propoſito contrahentium ita contrahuntur, ut in his ſit coniunctio coniugum perpetua. Unde & coniugii verbum a iugo, ut ſupra monui. Tum autem & ius hoc ipſum efficit. Quo iure neque uni ex contrahentibus licet nuptiis renuntiare pro arbitrio, neque ambobus mutuo conſenſu ab his diſcedere, niſi ex iuſta cauſſa. *L. conſenſu, C. de nupt.* Quod ſecus eſt in ſocietate rerum, quæ non ſolum mutuo conſenſu ſociorum ſolvitur, ſed etiam unius ex ſociis renuntiatione. *L. verum, §. ult. D. pro ſoc. §. manet. Inſt. de ſociet.* Et vero in hac definitione ita individua conſuetudo accipienda eſt, ut & vulgo interpretes recte acceperunt. Nam primum hoc illud eſt, quod in *L. 1. D. de rit. nup.* definiuntur nuptiæ conſortium omnis vitæ. Ubi apparet omnis vitæ dictum eſſe pro totius vitæ; cum ſingulis hominibus non plures vitæ datæ ſint, ſed una. Dum autem niſi ſic accipimus, futurum eſt, ut quævis promiſcua coniunctio maris & fœminæ ſint nuptiæ. Si non quævis, at certe concubinatus. Nam & cum concubinis coniunctio eſt maris & fœminæ, conſuetudinem vitæ continens. Conſtat tamen concubinam non eſſe uxorem; concubinatum non eſſe nuptias. *L. 1. & toto Tit. D. de concub.* Qua in re igitur harum rerum diſcrimen? Haud dubie in eo, quod nuptiæ ita contrahuntur, ut habeant conſuetudinem vitæ individuam, ideſt quæ non dividatur, non dirimatur. Concubinatus autem coniunctio neque inſtituitur hoc propoſito coniunctorum, neque etiam ea vi eſt, ut non liceat alteri, cum velit, ab altero invito diſcedere. *L. 1. D. de concub.* Atenim iuſtæ nuptiæ etiam divortio dirimi poſſunt. *L. conſenſu, C. de repud.* Sed hoc præter votum contrahentium accidit, & præter matrimonii naturam. Unde nec niſi iuſtis de cauſſis divortium facere licet impune, nec unquam niſi miſſo repudio, ut cautum eſt *ead. L. conſenſu, C. de repud.* quod ipſum ſatis argumenti eſt, vere dici nuptias ſimpliciter & pro arbitrio dirimi non poſſe. De iure civili ſolo nunc loquor. Nam verbo Dei quid hic cautum ſit, notum eſt. *Quod Deus coniunxit*, ait Chriſtus de viro & uxore loquens, *homo ne ſeiungat*. Matth. 19. Ut autem individuam interpretemur, quod quidam viri docti faciunt, eam ſolum, quæ res omnes inter virum & mulierem indiviſas habet, ideſt, in qua omnium rerum indiviſa communio eſt; verendum, ne non ſatis ſit ex ſignificatione verborum. Illa enim conſuetudo eſt individua, quæ in ſe talis eſt, non autem cuius res ſolæ ea coniunctione contentæ ſunt individuæ. Quinimo ne ad res quidem viri & mulieris ſatis apte hoc verbum referri poteſt. Sunt enim hæ res inter eos communes: at non individuæ; quæ ſæpe neceſſitatibus rerum ita urgentibus inter ipſos dividuntur.

V. Rem ſecutæ appellationes: quæ ex re natæ hoc ipſum, quod in re eſt cognitæ magis oſtendent. Sunt autem huiuſmodi, ut quædam ductæ ſint a prole

 ſpe-

ſperata, quædam a ſolemnibus in re contrahenda uſitatis, quædam a genere ipſo conventionis. A prole ſperata *matrimonium*, ut Inſt. *de patr. pot.* in pr. & paſſim in hoc argumento de nuptiis. Sic enim contrahuntur nuptiæ, ut uxores matres fiant, atque hoc modo legitima & honeſta ſobole repleatur civitas, atque adeo conſervetur humanum genus. Finis hic præcipuus nuptiarum. *Novell. de nupt.* in princ. *L. 1. D. ſol. matr.* A ſolemnibus in re contrahenda uſurpari olim ſolitis hæc nomina prodierunt, *nuptiæ*, *connubium*. Sic enim nuptiæ dicuntur, de quo iam conſtat inter omnes auctore Feſto & Iſidoro, quod novæ nuptæ deducerentur in domum mariti velatæ, deductæ uxores eſſe inciperent. *L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & demonſtrat.* Connubii verbum in hac ſignificatione legere eſt in *L.* 3. & *L. licet*, *C. de inc. nupt.* nec ſine exemplo veterum. Nam & Virgilius ita uſurpat *Lib.* 1. Æneid. his verbis.

Connubio iungam ſtabili ......

A veteribus tamen & noſtris magis connubii verbum ita uſurpatur, ut eo ſignificetur nubendi, & matrimonii contrahendi poteſtas; ut cum dicitur iuſtum matrimonium tunc eſſe cum inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium eſt. Neque enim recte diceretur matrimonium iuſtum eſſe, cum ii contrahunt, inter quos ante matrimonium eſt. Nam ſi eſt, non debuit iterum contrahi. Sic explicat hoc verbum Ulpianus in *frag. Inſt. tit.* 5. Sic uſurpatur ab eodem in *L. eo iure*, 45. §. *hoc caput*, *D. de ritu nuptiar.* A genere ipſo coniunctionis hæc appellatio eſt, ut dicantur nuptiæ coniugium, ut in *L. ſi quis inceſti. C. de inc. nupt.* Quod verbum maxime coniunctionis vinculum exprimit. Habet enim metaphoram ductam a iugo. Quo iunguntur boves, & tenentur tam arcte, ut id excutere non poſſint, niſi eo aliunde ſolvantur. Quod & ipſum viro & mulieri accidit, conſuetudine matrimonii tanquam iugo inter ſe iunctis, ut inſtituta coniunctio ſolvi pro arbitrio non poſſit.

VI. Sed & in hac coniunctione perſonæ contrahentium propriis nominibus notatæ ſunt. Nam mas dicitur vir, item maritus: fœmina uxor: ambo communi verbo coniuges: etſi hoc verbum frequentius uxori tribuitur. Quæ & ipſa legenti paſſim occurrent. Frequentiſſime in tractatione eius donationis, quæ dicitur inter virum & uxorem, inter maritum & uxorem.

VII. Facta etiam ipſa contrahentium diſtincta item ſuis appellationibus. Nam vir dum mulierem pro uxore ſibi accipit, dicitur uxorem ducere: uxor dum ſe marito uxorem eſſe vult, dicitur ei nubere; & quidem ita, ut quod unius eſt, nunquam tribuatur alteri. Nam nec uxor dicitur maritum ducere, ſed ſolum vir uxorem. Nec maritus nubere uxori, ſed ſolum uxor marito. *L. 5. L. ſi filius*, 11. *D. de rit. nupt.* Niſi quod hoc poſterius dicitur interdum de marito; ſed per contemptum & ignominiam, dum ſignificare volunt hominem ignavum & nullius pretii, qui ſubiiciatur uxori ſuæ, ut is potius in matrimonio fungatur officio mulieris, illa autem viri. Hinc illud Martialis ignominioſe dictum in novum maritum:

.... *nupſit heri*

Ex quo & illud eiuſdem

.... *uxori nubere nolo meæ.*

Utraque appellatio nata ex vetere ritu. Nam & mariti ad nuptias contrahendas ſolemni more uxores ducebant domum, tumque certo nuptiæ contractæ intelligebantur. *d. L. 5. D. de rit. nupt. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Uxor nupta id eſt velata & obtecta tradebatur marito. Quorum prius cum ſolum viri proprium eſſet, poſterius uxoris, non mirum, ſi quod unius erat, alteri tributum non fuerit. Et hæc quidem iſtarum appellationum origo & ratio eſt. Res ipſa una: quæ quid ſit, quamque coniunctionem & ſocietatem vitæ habeat, diximus.

CAP.

C A P. XIX.

Quibus rebus contrahantur nuptiæ. In his rebus primum locum obtinere perſonas contrahentium. Quænam hæ, inter quas contrahi non poſſint. Adverſus præcepta iuris quæ ſunt de hac re ſi qui coierint, quæ pœnæ.

Nuptias coutrabeutium ſubſiſtere conſenſu. I.

Iuſtas eſſe, ſi & perſonæ contrahentium ſint idoneæ: & conſenſus earum legitimns. II.

Perſonæ nuptias coutrabere probibentur natura vel iure. III.

Natura *aut a contrabendis, aut a contractis unptiis arcentur, & qui ſint utrique*. IV.

Iure *ſervi, & peregrini apud Romanos*. V.

Item quorum nuptiæ babent turpitudinem, ant incommodi metum. Turpitudo ant ex coniunctione, aut polygamia. VI.

Coniunctio ant cognatorum ant affinium. Illa rurſus aut directa aut collateralis. VII.

Directa inter parentes & liberos naturales, eaque infinita. Ad patrem legitimum, & ſpiritualem producta. VIII.

Collateralis, ſen tranſverſa quorum. Infra qnartum gradum iure civili comprehenſa. IX.

Exceptio. X.

Coniunctio affininm inter eos, qni loco ſnnt parentum & liberorum, probibita dumtaxat; quinam illi. XI.

Sed tamen & cum uxore fratris, & ſorore uxoris nuptiæ probibentur iure codicis, & quid iure divino veteri. XII.

Qui nam de toto genere perſonarum, inter quas nnptiæ probibentur, plenius ſcripſerint: & quid in illis deſideret anctor, quod ipſe præſtiterit. XIII.

Polygamia probibetur cum divino, tum etiam civili iure; & quateuus. XIV.

Incommodi metus ex couingio aut in viro, aut in muliere, aut in utroque. XV.

In viro qualis, buius probibitionis exemplum. XVI.

In muliere metns imminet aut ex concuſſione, aut coitione fraudulenta. XVII.

Ad prius genus pertinet probibitio nuptiarum provincialis mulieris cum Præſide, eiuſque comitibus, aut officii alicuius adminiſtratore. XVIII.

Exceptio duplex, & quæ. XIX.

Item Provincialis *cum militibus ibi militantibus*. XX.

Ad poſterius tutoris, vel curatoris cum pupilla vel adulta. Nuptiarum iſtiuſmodi interdictio qualis, & quæ interdictionis pœna. XXI.

Tutori & curatori; borumque patri vel liberis quatenus ex verbis & ſententia S. C. nuptiæ cum pupilla, aut adulta interdictæ. XXII.

In utroque metus ex coniunctione Chriſtiani cum Iudæa, aut cum Iudæo Chriſtianæ. Quæ cauſſa & pœna interdictionis. XXIII.

Nuptiæ viduarum probibentur intra annum luctus a iure civili; ſecus iure divino & iure canonum. XXIV.

Contractas nibilominus non impune abire, ſed ratas eſſe vel iure civili. XXV.

Quomodo prioris matrimonii liberis occaſione ſecnndarum nuptiarum per Leges conſultum. XXVI.

Quæ illicitarum nuptiarum pœna. Quid novi Iuſtinianus ſanxerit adverſus inceſtas nuptias. Novellæ 12. *ſumma & analyſis*. XXVII. XXVIII.

I. NOn exſiſtit natura inter aliquos iſta coniunctio & ſocietas vitæ, ſed ut cæteræ res, quæ conſenſu geruntur, ſuas cauſſas habent, unde oriantur; ſic & nuptiæ. Exſiſtunt autem contrahendo. Nam & nuptias contrahi dicimus. *Inſt. de nupt.* in pr. Denique & ipſæ ſunt ſocietas, ut oſtendimus; neque vero intercedit aliter inter aliquos ſocietas, quam ſi inter eos conſenſu contrahatur.

II. Contrahuntur nuptiæ, quæ rite & ſecundum præcepta legum contrahuntur, *Inſt. de nupt.* ſcilicet ut hoc modo efficiantur iuſtæ nuptiæ. Nam iniuſtæ, quia contra ius fiunt, non ſunt nuptiæ. §. *ſi adverſus*, *Inſt. eod. L. non dubium, C. de*

de legib. Ut ita contrahantur nuptiæ, & ſimul efficiantur iuſtæ, duabus in rebus poſitum eſt; in perſonis contrahentium idoneis, & in legitimo de hac coniunctione conſenſu. Perſonæ huius contractus capaces materia ſunt (ſic enim cum vulgo loqui liceat) in qua nuptiæ verſentur. Si malumus ſubiectum huius contractus, ita eius proprium, ut ad contractus ullos alios non pertineat. Quam ob cauſſam & de his perſonis in communi argumento de perſonis, quæ obligari contrahendo non poſſint, ſupra nihil diximus. Legitimus conſenſus utramque cauſſam in ſe habet; efficientem nuptiarum, & formam. De fine & effectu huius ſocietatis comprehenſum eſt ſuperiore definitione. Deinceps igitur ad nuptias conſtituendas de perſonis contrahentium idoneis, & de legitimo ad eam rem conſenſu cognoſcamus: quibus de rebus & nos plenius hoc loco dicturos ſupra polliciti ſumus *Lib. 2. C. 20.*

III. Ac de perſonis deliberatio prior: cum si quæ sint, inter quas nuptiæ non consiſtant, fruſtra conſenſerint inter ſe de nuptiis. Non omnibus vero nuptiæ inter ſe conceſſæ ſunt. Quibus exceptis, cæteris conceſſas intelligemus. Prohibentur nuptiæ inter aliquos partim natura, partim iure.

IV. Natura in his, quibus natura deſunt ea, quæ nuptiæ desiderant aut contrahendæ ab initio, aut iam contractæ. Contrahendæ conſenſum desiderant eorum, quorum de coniunctione agitur, ut poſtea dicetur. Proinde in quibus conſentiendi facultas non eſt, cum his nuptiæ conſtitui non poſſunt. Quales ſunt furiosi, & mente capti. *L. patre, D. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Contractæ desiderant facultatem ſobolis procreandæ, cuius maxime cauſſa nuptiæ contrahuntur. *L. 1. D. ſol. matr.* In hoc numero ſunt impuberes tam mares, quam fœminæ. Qua de cauſſa uter coniugum impubes fuerit, placet inter contrahentes nuptias non consiſtere. *Inſt. de nupt.* in pr. Sic tamen ut inſtituta inter hos coniunctione etiam illud placeat tunc legitimas nuptias fieri, cum his in eadem coniunctione perſeverantibus, qui minor ætate erat, legitimam apud alterum ætatem impleverit. *L. 4. D. de rit. nupt.* Eodem numero ſunt & ex maribus caſtrati. Argumento eſt, quod hi prohibentur adoptare tantum ideo, quod generare non poſſunt, *§. ſed & illud. Inſt. de adopt.* Si adoptio naturam imitatur, ut dicitur imitari in *§. minorem, Inſt. de adopt.* recte hinc colligas, si quid hic prohibetur in adoptione, exemplo fieri & imitatione naturæ, ac proinde prius eſſe, ut in natura prohibeatur.

V. Iure prohibentur nuptiæ, cum qui ſuperioris coniunctionis & conſenſus capaces ſunt, iure tamen prohibentur nuptias contrahere. Quod fit certis & iuſtis de cauſſis. Iuſtæ cauſſæ aut in ſtatu perſonæ ſpectantur, aut extra ſtatum. In ſtatu perſonæ hæc cauſſa eſt, si quis non sit civis Romanus. Iure enim Romanorum fit, ut iuſtas nuptias ſoli inter ſe contrahant cives Romani. *Inſt. de nupt.* Huc ergo retulerimus ſervos, & ex liberis hominibus peregrinos, ſive qui nunquam in numero civium fuerunt, ſive qui cum fuiſſent, deportatione civitatem amiſerunt. Quos omnes conſtat, quemadmodum cives Romani non ſunt, *L. qui teſtamento, §. ſervus. D. qui teſt. fac. poſ. §. eum autem, Inſt. quib. mod. ius patr. pot. ſolvat.* ita ius connubii non habere. De ſervis & ancillis conſtat. *L. ſi neget, D. de agnoſc. lib. L. 3. C. de inc. nupt.* Neque hoc male aut inhumane, *& contra* * *verbum Dei conſtitutum quis exiſtimet, quandiu hoc manebit, iure fieri, ut ſervi ſint in dominio dominorum. Nam verbo Dei, atque adeo natura Duce iubetur maritus adhærere uxori ſuæ, uxor contra erga maritum eodem modo ſe habere. Atqui non poteſt ſervus aut ancilla id facere, quin tantum de iure domini detrahatur. Quod quia nulla iuris ratio concedit, ne illud quidem concedendum fuit, unde illa iniuria naſcitur. Nec ſi hi iuncti erunt, ideo quis putet verbo Dei prohiberi eiuſmodi coniunctionem diſſolvi, propter dictum Chriſti,*

Quod

* Eſto ſervorum ſit contubernium de Iure civili, non connubium, non matrimonium. Contra omnino eſt, ſi ius naturæ ſedulo inveſtigemus atque divinum. Quare Ius Canonicum quod cum utroque conſentit, contrahi matrimonium a ſervis diſerte affirmat: quod, ſalvo tamen iure Dominorum, ratum eſſe iubet, ac validum, etſi nolente atque invito domino contractum. *Cap. 1. de Coniug. Serv.* Cui luculentiſſimum teſtimonium præbet Apoſtoli auctoritas in *eod. Cap.* laudata. Quemadmodum vero optime conveniat iuri naturæ matrimonium: cui ſervitus iure humano inducta præiudicati quidquam afferre nequeat: graviter, atque erudite ſatis oſtendunt Iuris divini, & Sacrorum Canonum Interpretes; qui & illud explicant, quomodo & coniugii munus implere ſervi, & ſimul operis atque obſequio Domini vacare poſſint. Quibus poſitis, omnia quæ Donellus affert ex iure divino ad ius Civile conſtabiliendum, facile convelluntur. Imo (quod inculcare iuvat) *Salvo Iure Domini*: quod lex Canonica integrum atque incolume præſtat, tota Donelli argumentatio facile labitur, & concidit ipſa per ſe. vid. Emman. Gonzal *in Comment. Tit. de Coniug. Servor.* Dominic. Soto in *IV. Sent. Diſt. 35. Q. un. Art. 1.* Laurent. Berti *Lib. 37. de Theolog. Diſcipl. Cap. 6. §. de Imped. Condit.*

Quod Deus coniunxit, homo ne ſeiungat, *Mat.* 19. *Nam quod de hoc præcepto in univerſum dicendum ſit, quod ad ſequentes quoque prohibitionis cauſſas pertineat: non ſunt dicendi a Deo coniuncti eſſe, qui contra leges iuncti ſunt. Si quidem magiſtratus, eoque & magiſtratus leges, in quibus conſiſtit poteſtas magiſtratus, ordinatio Dei eſt, & qui his ſe opponit, ordinationi Dei reſiſtit, nedum hanc ſequitur, ut docet Apoſt. Rom.* 13. Atque hac ipſa ratione recte fieri diximus, ut non magis civi Romano connubium ſit cum peregrinis, puta barbaris, & deportatis; poſtquam illi inter cives Romanos nunquam fuerunt, hi autem damnatione eſſe deſierunt. Porro ita ius eſt de civibus Romanis in nuptiis, ut ſupra poſui. Idque ita ſcriptum legimus in *fragmentis Inſtitutionum Vlpiani Tit.* 5.

VI. Extra ſtatum perſonæ in his qui naturalis coniunctionis capaces ſunt, omnis eſt ad prohibendas inter aliquos nuptias cauſſa ſumma duplex, alias turpitudo mutua coniugii; alias iuſtus externi alicuius incommodi ex eo coniugio metus. Turpitudo coniugii aut ab arctiore eſt coniunctione contrahentium inter ipſos, aut a numero nuptiarum, uno verbo a polygamia.

VII. Arctior coniunctio contrahentium, quæ huc pertineat, aut cognationis eſt, aut affinitatis. Cognatio alia directa, alia ex tranſverſo, ſeu a latere. *L.* 1. *L. ſtemmata. D. de grad. & affi.*

VIII. Directa inter parentes & liberos. Inter hos in infinitum nuptiæ prohibitæ tanquam inceſtæ & nefariæ; utpote cum natura ipſa pugnantes: quod animalia etiam bruta pleraque nos docent. §. 1. *Inſt. de nupt. Novel.* 12. *de inc. nup. L. nuptiæ*, 53. & *L. ſeq. D. de rit. nupt.* Idque tam religioſe propter honeſtatem in hac parte ſervatur, ut nec inter patrem adoptivum & filiam adoptivam placeat nuptias conſiſtere, etiam diſſoluta per emancipationem adoptione. §. *& hæc adeo, Inſt. de nupt. L. quinetiam*, 55. *D. de rit. nup.* Etiam in hac coniunctione Iuſtinianus hoc induxit, ut ſi quam ex ſacro baptiſmate quis ſuſcepiſſet, hic illi pro patre haberetur, illa huic pro filia. Quamobrem & cum ea ab eo, qui ſuſcepiſſet, nuptias contrahi prohibuit. *L. ſi quis alumnam, C. de nupt.*

IX. Ex tranſverſo, ſeu a latere cognatio eſt eorum, qui inter ſe extra nomen & ius parentum ac liberorum poſiti, nihilominus inter ſe ſanguine iuncti ſunt, quaſi una & ſimul nati, quia ex eodem ſanguine, Ut ſunt frater & ſoror; patruus, avunculus, amita, matertera, fratrum ſororumve filii aut filiæ. Patrueles item & conſobrini, & ſi qui ſint alii inferioris gradus. *L. Iuriſconſultus*, §. *ſunt ex lateribus, D. de grad. & affin.* Inter hos interdictæ nuptiæ uſque ad quartum gradum. ** *Quarto gradu iure civili conceſſæ.* Puta *inter duorum fratrum, aut fratris & ſororis liberos, qui patrueles, aut inter liberos duarum ſororum, qui conſobrini appellantur*, L. celebrandis. C. de nupt. §. *duorum, Inſtit. eod.*

X. Excepti hi, quorum unus alteri pro parente habetur. Qualis eſt patruus magnus fratris ſui nepti, avunculus magnus nepti ſororis ſuæ, amita fratris ſui nepoti, matertera ſororis ſuæ item nepoti. Neque illi fratris ſororiſve neptem uxorem ducere poſſunt, neque hæ fratris ſororiſve nepoti nubere, quanvis diſtent ab ea quarto gradu, §. *fratris vero, Inſtit. de nupt. L. nemini, C. de nupt.* Atque id cauſſa eſt, quod patruus fratris filio & filiæ pro patre eſt, unde & patrui nomen. Quod ſi hic iſtis pater, erit utique & fratris nepti veluti avus. Adeo autem fratris filiam & neptem uxorem ducere non licet, ut nec concubinam eam habere quis poſſit ſine crimine inceſtus. *L. etiam*, 56. *D. de rit. nupt.* Illud inter hanc cognationem & ſuperiorem in his quæ per adoptionem coniunguntur intereſſe monendi ſumus, quod ſi qua per adoptionem ſoror eſſe cœpit, aut fratris filia vel neptis, quandiu quidem conſtat adoptio, eam uxorem ducere non licet: at diſſoluta adoptione licet, quod poſterius in ſuperiore cognatione ſecus eſſe diximus. §. *ſed ſi qua, Inſtit. de nupt.*

XI. Affinitas quoque ſuam coniunctionem habet, cuius & ipſius veneratione a quarumdam nuptiis abſtinendum eſſe merito placuit. §. *affinitatis, Inſt. de nupt.* Et ſunt inter affines, qui parentum ac liberorum locum quodammodo inter ſe obtineant. Nomina hæc ſunt, ſocer, ſocrus, gener, vitricus, noverca, privignus, privigna, Quibus verbis quid ſignificetur, traditur ex profeſſo in *L. non facile*, §. *affines, D. de grad. & affin.* Inter hos vero nuptiæ æque prohibitæ, atque inter parentes & liberos; ut ſcilicet neque ſo-

cer

** Quem Conſanguinitatis gradum comprehendat prohibitio Canonum, quibus in his, quæ ad Sacramentorum dignitatem & venerationem attinent, primas & ſummas tribui neceſſe eſt; docebit aſteriſcus ſeq. eiuſque nota.

Digitized by Google

cer nurui tanquam filiæ, neque ſocrus genero tanquam filio, neque vitricus privignæ tanquam filiæ, neque noverca privigno tanquam filio matrimonio iungi poſſint. *L. nemini, C. de nupt.* Non dico, quandiu conſtat affinitas, puta, quandiu hic ſocer eſt, illa nurus; hic vitricus & illa privigna; ſed etiam diſſoluta affinitate; cum ſocer & nurus, vitricus & privigna eſſe deſierunt, qui prius fuerant. Quod fit diſſoluto eo matrimonio, ex quo affinitas & ſuperiora omnia contingebant. Quod quid ſit, pluribus explicatur in *d. §. affinitatis, de nupt.* Adeo autem quæ vere mihi noverca eſt, ideſt vere patris mei uxor, eam ego tanquam alteram matrem uxorem ducere non poſſum, ut placeat, ſi qua ſit tantum patris concubina, quia & hæc a patre pro uxore habeatur, non poſſe me & reliquos liberos parentis eam uxorem ducere: tantum venerationis nomini matris, & eius, quæ matris imaginem gerat, tribuitur. *L. 4. C. de nupt.* Sed hoc veris tantum & naturalibus liberis denegatum eſſe ſciendum eſt. Si quis autem a marito adoptatus eſt, patris adoptivi uxor non eſt ei noverca, denique ei in ea familia nemo fit affinis. *L. non facile, §. ult. D. de grad. & affin.* Quod eo ſpectat, ut mortuo patre adoptivo, atque ita diſſoluto omni iure cognationis, non prohibeatur viduam defuncti patris adoptivi uxorem ducere, cui nullo unquam iure cognationis aut affinitatis iunctus fuit.

XII. Extra hos, qui in iure affinitatis parentum liberorumque locum inter ſe quodammodo obtinent, *** *nulli fere habentur, quantunvis videri poſſint inter ſe affines, inter quos interdictum ſit matrimonium*. Et ideo mariti filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, & contra, licet inter ſe ſint quodammodo fratres, & ſorores; nihilominus tamen matrimonium inter ſe recte contrahunt, & quidem ita, ut placeat eos recte contrahere, quanvis habeant fratrem, ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos. *§. mariti, Inſt. de nupt.* Hic tamen exceptæ fratris uxor, & uxoris ſoror, quas prohibitum eſt conſtitutionibus uxores ducere, quanvis diſſolutum ſit quoque modo coniugium, quo illæ affines fiebant; ut iam nec fratris demortui uxorem, nunc viduam, nec uxoris meæ demortuæ ſororem ducere liceat. *L. fratris, C. de inc. nupt. L. nemini, C. de nupt.* Etſi de uxore demortui fratris aliud non tantum conceſſum, ſed etiam iuſſum eſt lege Moiſis, ſi modo frater deceſſiſſet ſine liberis. *Deut. 25. 5.* Cæterum eadem lege neque vivo fratre, neque eo mortuo relictis liberis licuit fratri uxorem eius ducere, quomodo temperandam eſſe generalem prohibitionem de hac uxore ducenda doctiſſimi interpretes docent, quæ prohibitio legitur *Levit. 18. 16.* & *Levit. 20. 21.*

XIII. Hic maxime quærendi locus eſt de generibus cognationis, de cognatorum gradibus, deque affinibus. Ut & alias in ſucceſſionibus ab inteſtato. Sed ſatis ſit id nunc indicaſſe. Nam quæ ad hunc locum pertinent, dilucide expoſita ſunt proprio titulo in Pandectis: titulus eſt de gradibus & affinibus. Inde ſumi poſſunt, ne neceſſe ſit huc tranſcribere. In quo genere tamen ſi quis pleniorem tractationem deſideret, habet commentarium lectu dignum Franc. Hotomani de hac parte, quo non ſine fructu ad eius partis cognitionem uti poſſit. Quamquam quid hic eum commentarium de una hac parte commemorem? Exſtat de genere ipſo toto earum perſonarum inter quas nuptiæ contrahi poſſunt, plena & erudita tractatio Franciſci Duareni ab ipſo vivo edita ad titulum Soluto matrimonio, in qua & de gradibus cognatorum deque eorum computatione recte ineunda ex profeſſo diſſerit. Quæ quiſquis leget, mirifice ſe ad hunc totum locum cognoſcendum adiutum eſſe ſentiet. Hæc indicaſſe contentus brevitati conſulam. Ego de hoc genere perſonarum hoc loco poſt illos & pleroſque alios doctos viros ſcribens, dedi operam, ut res tota certiore & dilucidiore ratione docendi, quam plerumque in illis deſidero, a me explicaretur. Quod a me præſtitum eſſe, ſpero, diligens lector cognoſcet, nec poſt illorum ſcripta inutilem hic a me operam de iiſdem rebus dicendi ſumptam eſſe fatebitur. Sed ad rem revertamur.

XIV. Et de polygamia, quæ item turpitudinem coniunctionis ſecundæ in ſe habet, ita ius eſt, ut neque mulier eodem tem-

*** Affinitatis proprie nulli ſunt gradus. Sed cum imitetur conſanguinitatem affinitas: huius ideo & quaſi gradus numerantur. Hinc factum, ut quartus ex computatione Canonica gradus cum conſanguinitatis, tum affinitatis matrimonium dirimat de iure Canonum *Cap. non debet* 8. *de Conſagu. & Affinit.* Impedimenta vero dirimentia Eccleſiam poſſe, eiuſque Caput Romanum Pontificem conſtituere poſt Concilii Tridentini Decretum Catholicorum nemo dubitet. Vid. eiuſd. Concil. *Seſſ.* 24. *Can.* 4. Quod præterea Ius ex omni Eccleſiaſtica Antiquitate illi aſſerunt viri cum in iure divino & Canonum, tum in Eccleſiaſtica Hiſtoria Doctiſſimi. vid. Cl. Laurent. Berti *de Theolog. Diſcipl. Lib.* 37. *Cap.* 5. *Prop.* 2. Emman. Gonzal. *in not. & in Comment. Cap. Tuam* 3. *de Ord. Cognit. & in Comm. Cap.* 1. *de Sponſal.* Wan-Eſpen. *Iur. Eccleſ. Univ. P.* 2. *Tit.* 13. *Cap.* 1.

Digitized by Google

tempore duos maritos, neque vir eodem tempore duas uxores habere poſſit. Quo fiat, ut ſi qua nupta ſit, prohibeatur alii nubere; ſive quis uxorem iam habeat, impediuntur illi cum altera nuptiæ. *L.* 2. *C. de inceſt. nupt. L. eum qui.* 18. *C. de adult.* §. *affinitatis*, & ſeq. *Inſt. de nupt.* Quod ius tanto magis ſervandum eſt, quod nominatim ſancitum eſt verbo Dei. Sic enim Chriſtus Matth. 19. 5. & qui duo fuerant, erunt una caro. Et mox polygamiæ ſtuprum & adulterium indicat, cum ait, ſi quis uxorem habens aliam ducat, eum mœchari; quod non fieret, ſi nova eſſet uxor. Et eum qui uxorem ſine cauſſa iuſta dimiſſam ducat, item mœchari; nempe quia & ita dimiſſa uxor maneat, cui non liceat ſine ſtupro alium maritum adſciſcere. Sed & Apoſtolus 1. ad Corinth. 7. de coniugio ita præcipit; propter fornicationem, inquit, ſuam quiſque uxorem habeat; & proprium quæque virum habeat. Quibus verbis aperte utrique unum tantum vice mutua coniugem aſſignat. Quid, quod hominibus uxores habentibus ne concubinas quidem habere iura concedunt? *L. ult.* in fin. *C. comm. de mand. L.* 1. *C. de concubi.*

XV. Eſt, ut propoſui cum nuptiæ abſint a turpitudine coniunctionis, ſed ob iuſtum aliquem incommodi non ferendi metum prohibeantur. Incommodum huius generis tale eſt, ut alias metuatur proprie in viro, alias proprie in muliere, nonnunquam communiter in utroque.

XVI. In viro proprie dignitatis eius imminutio, quæ non eum ſolum attingat, ſed etiam ad totius ordinis dedecus redundet. Ex hac cauſſa eſt illa prohibitio legis Iuliæ apud Romanos, qua prohibebatur ſenator liberive ſenatoris libertinam ducere, eamve, cuius pater materve artem ludicram faceret, feciſſet; item libertinus iſve, qui ipſe, cuiuſve pater materve artem ludicram faceret feciſſet, ſenatoris filiam, neptem, proneptem, & deinceps ducere. *L. lege Iulia*, 44. *L. lege Papia*, 23. *D. de ritu nupt.* Qua eadem lege prohibebatur ſenator liberive eius libertinæ filiam, tabernariam, tabernarii, vel lenonis, aut arenarii filiam, eamve quæ mercimoniis publice prætuiſſet, uxorem ducere. *L. humilem*, *C. de inceſt. nupt.* Quod ius Iuſtinianus in libertina immutavit: quam uxorem ducere omnibus, cuiuſcumque dignitatis ſint, conceſſit. Novell. *Ut Lib. de cætero*, 78. §. *ſi quis autem.*

XVII. In muliere proprie, ſi cum certis perſonis coniugium illi admitti cœperit, metuuntur animadvertenda incommoda duo: concuſſio adverſus eum ſexum, & fraudulenta tutoris curatoriſve adverſus pupillam adultamve eius coitio.

XVIII. Concuſſio adverſus eum ſexum, ſi præſidi provinciæ, aut qui cum eo ſunt, quive in ea provincia temporali aliquo officio funguntur, liceat in ea provincia inde oriundam aut ibi domicilium habentem uxorem ducere. Facile enim hi propter potentiam aut vi aut gratia conſequi poſſunt, ut quæ placebit, ſibi collocetur: non tam adeo, ut eam uxorem ſibi habeant, quam quo facultates domus per ſpeciem matrimonii ad ſe ſevocent, atque ita provinciales concutiant. Ideo id caventes Romani ſalubriter id olim conſtituerunt, ne cui ex ſupra ſcriptis perſonis in provincia, in qua degunt, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem ducere liceret.

XIX. Quanvis ſponſare non prohiberentur. Ita ſcilicet, ut ſi poſt officium depoſitum nollet mulier nuptias contrahere, liceret ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat. Hæc in *L. ſi quis officium*, 38. *D. de ritu nuptiar.* Recte poſt depoſitum officium. Nam ante ſi declararet mulier ſe nolle ſuperioribus nubere, non ſolum id potuit, ſed etiam ei poteſtas facta eſt, arras quas accepiſſet, retinendi. *L. unica. Cod. ſi rect. provinc. vel ad eum pertin. ſponſ. deder.* Additur in *d. L. ſi quis officium*. Alia exceptio, ut si quis ex ſuperioribus ante ſuſceptum in provincia officium aliquam ibi ſibi deſponſaſſet, poſſet eam & ſuſcepta adminiſtratione uxorem ducere. Ubi autem hi neque ſibi aliquam ſponſarent, neque veterem ſponſam in provincia uxorem ducerent, ita prohibebantur aliquam inde oriundam, aut ibi domicilium habentem ducere, ut prohiberentur etiam filio ſuo ducenti conſentire. *L. qui in provincia*, 57. *D. de ritu nupt.* Nec abs re: cum ſi id in filio conceſſum eſſet, facile foret per eum obtinere, quod ipſis per ſe non licebat.

XX. Militibus, qui in aliena provincia militant, puta aut belli gerendi, aut hiemandi, aut præſidii cauſſa ibi degunt; idem interdictum. *L. eos*, 65. *D. eod.* eadem de cauſſa videlicet: quoniam ab armatis, & commilitonum potentia inſtructis, iiſdemque ut plurimum & ferocibus & inſolentibus iuſte metuitur eadem vis & concuſſio, ſi nuptiæ cum his conſiſtere cœperint. In patria ſua militantes non prohibentur ex eadem provincia uxorem ducere, *d. L. eos*. Alioqui

qui iniurioſum eſſet illis in totum nuptias interdici, & minus periculi eſt, ne quid indignius adverſus populares ſuos committant.

XXI. Fraudulenta tutoris curatoriſve, & in primis animadvertenda coitio eſt, ſi is pupillam aut adultam ſuam ſibi aut filio in matrimonium coniungat ante viceſimum ſextum annum, aut idem faciat poſtea nondum redditis rationibus. Quo enim hæc coitio, niſi ut huiuſmodi coniunctione tegat fraudem adminiſtrationis? ut bene ſcriptum eſt in *L. si tutor*, 7. *C. de interd. matrim.* id eſt, niſi ut cum eam uxorem habere cœperit, immunis ſit a rationibus reddendis, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter eius metum non audebit, ab eo rationes exigere, ut ita miſera in re familiari turpiter circumſcribatur? quod & ſignificatur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Eſtque hoc factum indignius, quod hæc fraus ab eo proficiſcitur, qui præcipue pupillam vel adultam tueri debuit. Idcirco & matrimonium omne eiuſmodi legibus eſt interdictum, toto Tit. *C. de interd. matrim. int. pupil. & tut.* de quo ita ſcriptum eſt in *L. non eſt* 66. *D. de rit. nupt.* Non eſt matrimonium, ſi tutor vel curator pupillam ſuam, vel adultam intra viceſimum ſextum annum non deſponſam a patre, nec teſtamento deſtinatam ducat uxorem, vel eam filio ſuo iungat. Quo facto uterque infamatur, & pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur. Nec intereſt, filius ſui iuris, an in patris poteſtate ſit. Hæc in *d. L. non eſt.* Idem eſſe dicimus, etſi tutor curatorve quid iſtorum fecerit poſt præſtitutum ſuperius tempus, ſed fecerit nondum redditis rationibus. Hoc enim idem periculum habet. Et ſatis probatur in *L. penult.* in princip. *D. de ritu nuptiar.*

XXII. Atque hæc de tutore ipſo & curatore cauta ſunt. Sed longius itum eſt, quo fraudolento iſti matrimonio occurreretur. Nam & mortuo tutore, de filio eius ita cautum eſt in *L. ſi patris*, 6. *C. de inter. matrim.* ut ſi is nondum exacto ſuperiore illo tempore, nempe quinto & viceſimo anno, nec non anno utili (hic enim illic ſcriptum eſt, ut sit is annus, qui efficiat vigesimum illum ſextum annum, cuius ſupra mentionem fecimus, & qui commemoratur in *d. L. non eſt*, *D. de ritu nupt.*) si is, inquam, filius nondum exacto eo tempore, patris ſui pupillam uxorem duxerit: nec matrimonium cum ea consiſtat, nec filius patri ex ea coniunctione procreetur. Idem eſt, etsi filius poſt id tempus ducat, ſed cum pater adhuc obſtrictus eſſet tutelæ rationi, ut eſt in *d. L. pen.* in pr. *D. eod.* Id autem fit, nondum reddita ratione tutelæ. Quo exemplo recte ſupra diximus multo magis idem in patre probandum eſſe. Nec ſolum in filio tutoris eadem ſunt, ſed & in herede tutoris, quanvis extraneo, ſententia legis id exigente, ut declaratur in *L. libertum*, 64. *D. de rit. nupt.* Quod si filio tutoris non permittitur pupillam patris ducere, quia eadem fraus a tutore per interpoſitam perſonam filii ſtruatur: conſentaneum eſt quod Tryphoninus probat in *d. L. pen.* §. *ſed etſi filiusfamilias*, *D. eod.* ſi tutor aut curator puellæ fuerit filiusſamilias, non oportere nec patri eius concedi eam ducere, ac nec fratri, qui ſit in eiuſdem poteſtate. De tutoris & curatoris verbis quibus ſuperior lex utitur, notandum, utroque verbo hic contineri non eum tantum, qui vere tutor ſit aut curator, ſed & omnem, qui pro tali habeatur, dum invitus: eum autem eſſe, ad quem invitum tutelæ vel curæ periculum ſuo nomine; non alieno, puta fideiuſſorio, pertineat. Quod quid ſit, multis oſtenditur in *L. ſi quis tutor*, 60. *D. eod.* Quod ſi quis volens tutoris vel curatoris nomine uſurpato, ideſt pro tutore, vel curatore negotiorumve geſtore res pupillæ adminiſtraverit, placet, ſi ſibi, filiove ſuo eam copulaverit, nuptias ſtare, nec ad exemplum tutorum eas infirmari. Verba ſunt. *L. ſi quis tutoris*, *C. de interd. matrim.* Scilicet quia hic revera tutor non eſt, quem ſua voluntas, non muneris neceſſitas adminiſtratorem fecit. Hinc quæſitum, an curatoris verbo hic accipi deberet etiam is, qui curator ventri, vel bonis datus eſſet. Et placuit debere. Nam & hic quas ad res datus eſt vere eſt curator, & hoc amplius datur invitus *d. L. pen.* §. *etsi quis*, *D. de rit. nupt.* de hoc genere curatorum diximus *Lib.* 3. *Cap.* 23.

XXIII. Eſt & tertium genus incommodi, quod ex nuptiis pariter metuatur tam in viro, quam in muliere: cui incommodo occurſum sit Chriſtianorum principum conſtitutionbus. Id incommodum eſt corruptela & contemptus veræ religionis, ideſt Chriſtianæ. Quarum rerum periculum tunc maxime metuitur, cum aut Chriſtiana mulier nubit Iudæo, aut Chriſtianus Iudæam ducit. Satis enim ſcitur, quam Iudæi infenſi ſint & iurati hoſtes Chriſti, præter impias alias nationes omnes, & quam opinione falſæ religionis ſtudeant alios omnes quoad poſſunt ad ſuam ſectam traducere. Ut hinc per blanditias

ditias coniugales & conſortium aliorum Iudæorum in marito Chriſtiano; per vim autem mariti Iudæi, aut eaſdem illas blanditias, nec non ſophiſticen in muliere Chriſtiana facile ſequi poſſit aliqua doctrinæ & morum corruptio. Adde contemptum veræ religionis. Nam quæ Chriſtiana ſe adiungit Iudæo, & qui Chriſtianus Iudæam uxorem ſibi adſciſcit, declarat ſe religionem Chriſtianam aut contemptui habere, aut non pluris facere quam Iudaicam, cui per coniugium qundammodo ſe adiungit. Hæc ergo ne eveniant, ideſt ne per eiuſmodi coniugium veniat in diſcrimen ſalus Chriſtiani, neve per id traducatur nomen & **** *verbum Dei*: ideo interdictæ ſunt ſevere eiuſmodi nuptiæ, neque eius interdictionis aliam cauſſam reperio. Conſtitutio eſt Valentiniani, Theodoſii, & Arcadii, quæ exſtat in *L. 5. C. de iudæ. & cæl.* Eius conſtitutionis verba hæc ſunt: *Ne quis Chriſtianam mulierem in matrimonium Iudæus accipiat, neque Iudææ Chriſtianus coniugium ſortiatur. Nam ſi quis aliquid huiuſmodi admiſerit, adulterii vicem commiſſi huiuſmodi crimen obtinebit: libertate in accuſandum publicis quoque vocibus relaxata.*

XXIV. Atque hæ perſonæ ſunt, cum quibus & inter quas ſuperioribus de cauſſis nuptiæ contrahi certo prohibentur. Dubitatum eſt de iis mulieribus, quæ mortuo priore marito ſecundas nuptias ineunt, an non etiam his nuptiæ ſint interdictæ intra annum, quo virum elugere moris eſt, ut ſi intra id tempus nupſerint, nuptiæ non conſiſtant: ſunt, qui ita eſſe exiſtiment, neque id temere propter edictum prætoris, quo ea quæ id fecerit, notatur infamia. *L. 1. D. de his qui not. infam.* & propter eas conſtitutiones, quibus ſancitur hæc ipſa infamia, & aliæ inſuper pœnæ in bonis ei mulieri prius delatis adiiciuntur; ut *L. 1. & 2. C. de ſec. nupt.* Sed verius eſt, mulierem intra annum luctus impune non nubere iure civili; eſſe enim eas pœnas, quas modo dixi. Cæterum ſi nupſerit, nuptias valere, & qui inde naſcentur, legitimos liberos fieri. Verbum quidem Dei mortuo priore marito mulieri viduæ nubere alii cui velit, nominatim liberum facit. Sic enim Apoſtolus 1. *Corin.* 7. 39. *uxor*, inquit, *alligata eſt lege, quandiu vivit vir ipſius. Quod ſi obdormierit vir eius, libera eſt ad cui velit nubendum, tantum in domino.* Quod interpretantes Hieronymus & Auguſtinus hanc libertatem pluribus verbis confirmant: ille, ut refertur in *C. aperiant*, 31. *Q.* 1. hic ut refertur, in *C. penult. & ult. ibidem*. Ac ne dubitemus iſtam libertatem etiam intra annum luctus ab Apoſtolo conſtitui, ratio eius oſtendit, qui hanc libertatem alii nubendi inde adſtruit, quod dicat uxorem, mortuo marito, non iam alligatam eſſe lege matrimonii. Unde colligit, liberam eſſe ad cui velit, nubendum. Idque ita accipiendum eſſe, bene reſponſis quibuſdam Pontificum comprehenſum eſt, ut *C. penult. & ult. de ſec. nupt.* Et certe nuſquam has nuptias interdici, aut non valere legimus. Conſtat autem omnia licere, quæ legibus non prohibentur. *L. mutus*, *§. 1. D. de proc. L. necnon*, *§. quod eius*, *D. ex quib. cauſ. maior. L. 1. §. 1. D. de teſtib.*

XXV. Neque vero has nuptias abſolute prohiberi, idoneum argumentum eſt, quod quæ intra annum luctus nupſit, notatur infamia. Nam & qui artem ludicram exercent, eodem edicto notantur; *d. L. 1. de his qui not. inf.* neque ideo quiſquam artem ludicram exercere prohibetur. Sed cur laboramus? Ipſæ illæ conſtitutiones, quæ infamiam hic probant, & alias pœnas adiiciunt, nuptias intra annum luctus a muliere contractas, vere nuptias, & iuſtas eſſe non obſcure confirmant. Conſtitutiones hæ ſunt, *L. 1. & 2. C. de ſec. nupt.* Nam *L. 1.* eum cui mulier intra tempus luctui præfinitum nupſit, appellat *virum ſecundum*, neque eo contenta, etiam tertiam partem bonorum mulieris in dotem ei dari permittit. Quorum utrumque firmas hic nuptias cum ſecundo contrahi arguunt: quoniam nec vir, nec dos ſine nuptiis & matrimonio intelligitur. *§. ſi adverſus*, *Inſt. de nupt. L. 3. D. de iur. dot.* Sed & *L. 2. C. de ſec. nupt.* cum iubet eam quæ intra annum luctus ſecundo nupſit, amittere omnia, quæ de prioris mariti bonis conſecuta eſt; priorem maritum nominans, aperte & ſecundum maritum eſſe ſignificat. Itaque quod ſcribunt iidem Imperatores in *L. conſenſu*, *§. ſi vero cauſſam*, *C. de repud.* ſe mulieri viduæ poſt annum luctus nubendi permittere facultatem; non hoc ſignificat ante id tempus eos non permittere ſimpliciter hanc facultatem: ſed non permittere impune. Volunt enim, ut dixi, vale-

**** Supplenda ſi quis putet Donelli verba: poſt illa *Verbum Dei* ita poterit oratio ut ſit integrior ex Catholica regula continuari: ne & Sacroſancta Myſteria, ſacraque ritus & cærimoniæ ex tradito verbo Dei acceptæ traducantur. vid. Bellarm. *de Controv. Chriſt. fid. Tom. I. Controv. 1. Lib. IV. Cap. 1. & 2. & ſeqq.*

valere nuptias, ſed nihilominus pœnas adiiciunt, quibus declarent ſibi nuptias non placere. Id quod faciunt in *d. L.* 1. & 2. *C. de ſec. nupt.* Adeo autem ex verbis Apoſtoli, quæ ſupra retulimus, viſum eſt mulierem ſolutam lege prioris matrimonii, poſſe cui velit etiam intra annum luctus nubere, ut nuptiæ conſiſtant, ut iure Pontificio ei quæ id fecerit, etiam infamia remittatur, *C. pen. & ult. de ſec. nupt.* Idque non abſurda ratione, quod nihil ſit turpe factu, quod verbum Dei regula totius integræ vitæ & morum nominatim fieri concedat. Nulla autem infamia eſſe poteſt, ubi abeſt facti turpitudo.

XXVI. De cæteris nuptiis ſecundis; id eſt tam iis, quæ a muliere ineuntur poſt annum luctus, quam quæ a viro ſtatim poſt mortem prioris uxoris defunctæ; nulla controverſia eſt, quin iure conſiſtant, nec qui contraxerunt, notentur infamia, Sed tamen ſi ex priore matrimonio ſint aliqui liberi; viſum eſt ſecundas nuptias ita coerceri, ut bona a priore coniuge aut ab uno ex his liberis profecta certis conditionibus ad eos liberos redeant, nec poſſit pater materve in ſecundum coniugem plus transferre, quam uni ex liberis dederit. Sunt & alia quædam addita, quo liberis prioris matrimonii conſuleretur, quæ melius ex ipſis conſtitutionibus de hac re ſcriptis petentur. Conſtitutiones hæ ſunt, *L.* 3. & ſequentes, *C. de ſecund. nupt.*

XXVII. Sunt ergo extra hos ſoli ſuperiores, de quibus diximus, inter quos nuptiæ prohibeantur. Prohibitionis vim videamus. Quid enim, ſi qui hac prohibitione contempta inter ſe in nuptias coierint. Et ſunt hic adverſus rem illicitam pœnæ iure civili conſtitutæ, quarum aliæ adverſus effectum rei geſtæ conſtitutæ ſunt, aliæ adverſus factum ipſum, quanvis iure non valeat. Primum ergo ne quis hoc facto ſe quid aſſequi poſſe putet, de effectu eius hæc pœna denuntiatur omnibus, hic nuptias non contrahi; ſimul fieri, ut nihil eorum conſiſtat, quæ ſine nuptiis eſſe non poſſunt. Proinde neque virum, neque uxorem, neque dotem intelligi, nec liberos gigni legitimos, ſed tales qui vulgo concepti habeantur. *§. ſi adverſus, Inſt. de nupt.* Hæc enim omnia fierent, ſi nec deſtinatione animi nuptiæ intervenissent. Pœna communis adverſus ea, quæ contra leges fiunt, qua fit, ut quod eiuſmodi eſt, pro infecto habeatur. *L. non dubium, C. de legib.* Sed ne quis rem effectu iuris carere facile ferens, in facto ipſo ſibi blandiatur, etiam adverſus factum ipſum ultro pœna conſtituta eſt, ut omnes diſcant ab illicita ſola coniunctione abſtinere. Conſtituta autem pœna pro qualitate delicti alias gravior, alias mitior. Ac mitiſſima eſt ea, quæ adverſus omnes illicitas nuptias generaliter conſtituitur, ut ſi qua dos in his, aut ſi qua donatio propter nuptias intervenerit, (adde etſi ſit promiſſa. *L. ſi quis inceſti, 6. C. de inc. nupt.*) non ſolum nulla ſit dotis aut donationis repetitio, quod traditur in *d. §. ſi adverſus, Inſt. de nupt.* ſed etiam tanquam indigno indignæve utrique ablata fiſco vindicetur; niſi ætas, ſexus, aut iuſta ignorantia factum illicitum excuſet, Cautum *L. 4. C. de inc. nupt.*

XXVIII. Accedit interdum infamia una cum extraordinaria coercitione. Quæ duo ſupra dixi ſtatui adverſus eum tutorem qui pupillam ſuam ſibi vel filio ſuo iunxit uxorem *L. non eſt, 66. D. de rit. nupt.* Creſcit pœna adverſus inceſtas nuptias. De qua quidem cautum legimus conſtitutione Arcadii & Honorii, *L. ſi quis inceſti, C. de inc. nupt.* Sed multis modis auxit Iuſtinianus *Novel. de inc. nupt.* 12. Atque ita conſtituit, ut mariti nuptias inceſtas contrahentis pœna ſit, non ſolum dotis, ſed etiam honorum publicatio, cinguli privatio, exilium etiam, & ſi forte vilis perſona eſt (qualis deſcribuntur in *L. humilem, C. de inc. nupt.*) etiam corporis verberatio. Mulier autem, quæ ſe ſciens iiſdem nuptiis contaminarit, & ipſa in donatione propter nuptias, in bonis, in corpore eadem illa patiatur. Et hoc ſi ex præcedente licito matrimonio nulli ſint alterutri legitimi liberi. Qui ſi erunt, cætcræ quidem pœnæ manent: una excipitur patris matriſve ſucceſſio, quam ita dividi placet, ut pars quarta addicatur fiſco; tres reliquæ ad legitimos illos liberos veniant: ea tamen lege, ut inde parentes alant; qui ut maxime noxii ſint, inquit Iuſtinianus, parentes tamen ſunt. Ex his autem inceſtis nuptiis ſuſceptos liberos iubet, ut olim *d. L. 2. C. de inc. nup.* omni ſucceſſione delinquentium parentum excludi. Bonis eorum fiſco vindicatis. Hoc ille in ea *Novel.* 12. *de inc. nupt. §. ſi vero contigerit*, & deinceps. Unde Authentica, *inceſtas. C. de inc. nupt.* prope ad eamdem ſummam. Sunt autem inceſtæ nuptiæ, quæ inter parentes & liberos contrahuntur in univerſum: item quæ inter cognatos, & affines ſecus, quam licere ſupra diximus. Interdum illicitæ nuptiæ adulterium adiunctum

ha-

habent. Quod accidit in polygamia. Eam enim quæ duobus maritis ſe iunxit, neceſſe eſt cum poſteriore adulterium committere, quia priori nupta eſt, poſterior autem non eſt eius maritus. Etiam id coniugium, quod initur inter Chriſtianam & Iudæum, inter Chriſtianum & Iudæam, in ea cauſſa habetur, ut placeat adulterii commiſſi vicem obtinere, cuius accuſatio sit publica. Sic enim cautum eſt *L. 5. C. de iud. & cæl.* Quæ cum accident, ſuccedet nimirum pœna gladii conſtituta lege Conſtantini, *L. quanvis, C. de adult.*

C A P. XX.

Inter quos nuptiæ contrahi poſſunt, inter eos ſolo conſenſu contrahi. Quis hic conſenſus legitimus.

Nuptias ſolo conſenſu contrahi. I.
Ideo ſubſiſtere sine thori coniunctione. II.
Item ſine dote, III.
Item ſine ullo ritu, & ſolemnitate. IV.
Præterquam ſi ritus ad fidem & religionem nuptiarum fuerint a publica lege conſtituti. V.
Patris, aut avi conſenſus iure Romanorum civili neceſſarius in filiorum nuptiis VI.
An & furioſi. VII.
An abſentis. VIII.
An & præſentis, ſed cum iniuria inviti. IX.
Veterum Canonum cum iure civili conciliatio tentatur. X.
Illorum refellitur opinio, qui matrimonium iure civili irritum confirmari aiunt per concubitum. XI.
Emancipati liberi; virgines ſeu viduæ ſui iuris, patris conſenſum non deſiderant in nuptiis. XII.
Hæ vero ſi adhuc intra annum ſint quintum & viceſimum, licet emancipatæ, parentum aut propinquorum conſenſu opus habent. Interpretatio L. 18 & L. 20. Cod. de nupt. XIII. XV.
Differentiæ ratio. XIV.

I. PErſonis nuptiarum capacibus cognitis; quod reliquum erat ad nuptias contrahendas de legitimo conſenſu eorum, ad quos pertinet, conſideremus. Ac primum hoc ſtatuatur, quod ſupra poſui, nuptias ſolo conſenſu contrahi. *L. nuptias, D. de reg. iur.* Quod tamen an verum ſit, quia quædam dubium faciunt, age, paucis ea removeamus. Quibus remotis tum certo id ita eſſe quod dixi, ſtatuemus.

II. Tria autem ſunt, de quibus iure quæri poſſit, num aut omnia, aut certe aliqua ad conſenſum in nuptiis contrahendis accedere debeant, coniunctio thori ſeu concubitus; dos; ritus & feſtivitas nuptiarum. Coniunctio thori videri poſſit neceſſaria propter finem matrimonii, cum hunc finem eſſe dixerimus, ut ſoboles procreetur. Hoc ergo ne nos remoretur, nominatim removetur regula iuris his verbis, *nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit*, d. L. nuptias, *D. de reg. iur. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Fruſtra additum de concubitu, niſi de hoc ipſo dubitatum eſſet aliquando, aut certe de eo dubitari poſſet.

III. Quid dos, an non ſaltem hæc in ea cauſſa eſt, ut ſine ea matrimonium conſiſtere non poſſit? Nam in *L. 2. D. de iur. dot.* ſcriptum eſt reipublicæ intereſſe, mulieres dotes ſalvas habere, propter quas nubere poſſunt. Quid hoc aliud eſt, quam ſine his mulieres nubere non poſſe? proinde nec ſine his eſſe poſſe matrimonium? Apertius in *L. 1. D. ſolu. matr.* dicitur maxime neceſſarium eſſe dotes mulieribus conſervari ad ſobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. Cur ad eam rem neceſſarium, niſi quia ſine dote ſobolem honeſte procreare, ideſt nubere & matrimonium contrahere non poſſunt? Sed ſciamus nec dotem ad contrahendas nuptias eſſe neceſſariam. Dos quidem ſine matrimonio eſſe non poteſt; *L. 3. D. de iur. dot.* at poteſt eſſe matrimonium sine dote. *L. ult.* in princip. *C. de donat. ante nupt.* Nam quod dicitur dotes mulieribus conſervandas, quo nubere poſſint, & ſobolem procreare, non ad ius referendum eſt, ſed ad hominum uxorem expetentium morem. Et hoc eſt: non eo dicitur, quaſi mulieres ſine dote nubere iure non poſſint, aut quaſi ſi quis ultro indotatam uxorem duxerit, iure matrimonium non conſiſtat, tanquam ius dotem exigat: ſed quia non poſſint nubere facile, non cum velint, aut cum eſt commodum:

ſæpe

ſæpe etiam & hoc quidem frequentius, nunquam. Quod profecto perinde eſt, quaſi non poſſint. Neque tamen id iure accidit, ſed hominum voluntate, & more. Inter quos nemo facile reperitur, qui ducat indotatam, propter onera ſumma matrimonii, quæ marito ſubſtinenda ſunt. Quod ſi quis exiſtet forte, qui indotatam ducere ſubſtineat, non tamen hoc mulieri evenerit, quia potuerit ſine dote nubere, ſed quia maritus hoc illi ſua ſponte dederit, ut faceret, quod alioqui poterat non facere.

IV. Reſtat ritus & ſolemnitas nuptiarum. At ſaltem ſine his nuptias non fieri dixeris. Ut enim omittam, quæ de his leguntur apud veteres; apparet certe cum ex verbis in uxore accipienda uſitatis, tum ex certis locis iuris, veterem hunc & ſolemnem morem fuiſſe in nuptiis contrahendis, quem ante indicavi, ut nova nupta deduceretur in domum mariti, ubi illi pro uxore tradita acciperetur. Et fuit quidem is mos talis, ut quibuſdam locis declaretur ex hac deductione primum nuptias initium cœpiſſe, nec ante contractas videri. Loci hi ſunt, *L. 5. D. de rit. nupt. L. ſi cui*, 19. *D. de cond. & demonſtrat.* Atque hinc etiam factum, ut uxorem ducere in uſu iuris & veterum omnium dictum ſit pro uxori iungi, & nuptias cum illa contrahere. Quem etiam morem fere apud omnes nationes obſervari videmus. Quid, quod feſtivitatis uſitatæ nuptiarum ita mentio fit in *L. ſancimus, C. de nupt.* ut ex ea feſtivitate eadem lex nuptiarum contractarum tempus æſtimari velit, ſi quis in conditione aliqua nuptias nominaverit? Num igitur putamus hos quoque ritus ad contrahendas nuptias neceſſarios, ut his omiſſis non ſint nuptiæ? Putaremus, niſi certis teſtimoniis, & conſtitutionibus id ipſum ex profeſſo agentibus ſciremus non eſſe neceſſarios, ſed & ſine his matrimonium conſenſu recte contractum intelligi. In quam ſententiam ſunt hi loci, *L. penult. D. de donat. int. vir. & uxor. L. ſi donationum, C. de nupt.* Quid ergo ad ſuperiores illos locos reſpondemus? Nempe in re & voluntate certa non eſſe hos ritus neceſſarios, cum ſcilicet certis rebus, & minime dubiis teſtatum eſt iam nunc ita contractas eſſe nuptias, ut aliud non deſideraretur. Quod ſi de voluntate contrahentium nihil amplius proponetur, quam eos velle celebrari nuptias, ibi deductionem ad nuptias pertinuiſſe intelligimus. Non quod præter conſenſum vellent veteres aliquid adhiberi amplius, ſed quod intelligerent his rebus atque hoc ritu conſenſum declarari; ut ſemper in his omnibus unus & idem eſſet conſenſus. Sic & emptio contrahitur conſenſu. Et tamen ſi placeat inter emptorem & venditorem rem ſcriptis geri, non prius contrahitur emptio, quam ſcriptura confecta, & partibus approbata fuerit. *L. contractus, C. de fid. inſt. Inſt. de em. & vend.* in princ. Inde eveniebat, & nunc eveniet in nuptiis, ut eodem ritu adhibito, tanquam ex certo indicio nuptiarum, etiam nuptiæ contractæ arguantur. Quæ ſententia eſt *d. L. cui fuerit*, 15. *D. de cond. & dem.* Sed & extranei cum alicuius nuptias futuras nominant, ad hanc ſolemnitatem & feſtivitatem cogitationem referre ſolent. Unde ex eorum ſententia nuptiarum verbo eiuſmodi ſolemnitatem & feſtivitatem Iuſtinianus accipi voluit. *d. L. ſancimus, C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, in voluntate certa contrahentium eiuſmodi ritus non deſiderantium, nihil eos ritus morabimur, ſed ſtatim contractas nuptias intelligemus.

V. Enimvero hoc ita erit, niſi ſi qui ſint ritus, qui publicis legibus in nuptiis ad fidem & religionem nuptiarum ſanciantur. De quo ex uniuſcuiuſque populi legibus & moribus æſtimandum erit. Quo in genere videmus apud Chriſtianos obſervari antiquum, & iam olim receptum morem, ut ante quam nuptiæ contrahantur, publicæ in eccleſia denuntiationes futurarum nuptiarum per vices fiant. Quod bene & ſalubriter comparatum eſt adverſus clandeſtina matrimonia, ne binæ nuptiæ contrahantur ab eo, qui aliam uxorem fortaſſe alibi habeat, aut ante aliam ſibi deſponderit: neve fœminæ ignaræ decipiantur ab huiuſmodi impoſtoribus, coganturque ſtuprum aut adulterium in ſe admittere. Quæ ſic facile caveri poſſunt, ſi publice aliquoties & per intervalla aliquot dierum denuntietur, quæ ſint, & inter quos futuræ nuptiæ: ubi quiſque de conditione perſonarum ſcire poſſit, & apud ſe aut cum aliis explorare, num quid habeat, quo intercedat illis nuptiis. Sed & obtinuit mos pius, ut nuptiæ publice contrahantur in eccleſia, ubi præeunte miniſtro verbi Dei publicis precibus commendentur nuptiæ Deo, ut coniugibus bene & proſpere cedant. Inſtituto ut laudabili, ita nuptiis in primis conveniente. Nam & Dei coniunctio eſt, ut indicat illud Chriſti quod ſupra retuli e *Matt. 19. quod Deus coniunxit, homo ne ſeparet:* & præterea nulla pars vitæ cum pluribus & maioribus difficultatibus coniun-

iuncta eſt, quam ea coniunctio quæ perpetua futura eſt, & liberis ſuſceptis onera oneribus cumulatura, ſi abeſt benedictio Dei. Hac autem accedente, quæ conciliatur publicis precibus, nihil ea coniunctione amabilius; ad difficultates vitæ huius ſublevandas aptius; nihil denique ad omnem commoditatem & quietem honeſtam melius. Quid ergo de his ritibus iudicandum eſt, & quam ad nuptias pertinere putandi ſunt? Et ſi quid in his ſervari iubetur publicis legibus, ſciemus eo non obſervato matrimonium non contrahi, ut accidit in iis omnibus, quæ fiunt lege prohibente. *L. non dubium, C. de leg.* Sin autem * *nulla lege publica harum rerum obſervatio iniuncta eſt*, bonus quidem & honeſtus vir eas non omittet, quæ ad honeſtatem & fidem iuſti matrimonii ita pertinent: præſertim cum in coniunctionibus recte præcipiatur non ſolum quid liceat conſiderandum eſſe, ſed etiam quid honeſtum ſit, *L. ſemper*, 42. *D. de rit. nupt.* Verumtamen ſi qua neceſſitas, aut iuſta cauſa nos eo detruſerit, ut iis ritibus uti non poſſimus: ſciemus in eo nobis liberas eſſe conſcientias, ac ſine his contractas conſenſu honeſto & teſtato nuptias iuſtas eſſe. Idque etiam ex verbo Dei, quo illarum rerum obſervationem nullam imponi legimus. Quibus remotis iam res eo deducitur, ut certo conſtet quod propoſui, nuptias ut aliam ſocietatem omnem ſolo conſenſu contrahi.

VI. Sed hic diligenter videndum, quorum conſenſu, ut efficiatur conſenſus legitimus is, quem hic quærimus. In quo notandum eſt ſingulare quiddam in nuptiis præter contractus cæteros. Nam in omnibus contractibus cæteris requiritur ſolum conſenſus eorum, inter quos obligatio contrahitur. In nuptiis primum quidem ipſos conſentire oportet, inter quos contrahitur matrimonium; ut nec ſi in poteſtate ſint patris, patre ſolo conſentiente obſtringantur nuptiis. *L. ſponſalia, D. de ſponſal.* L. nec filium, C. de nupt. *Sed hoc amplius exigitur etiam* ** *conſenſus eorum, quorum ſunt in poteſtate* L. 2. L. nuptiæ, 18. *D. de rit. nupt. Inſt. de nupt.* in pr. *Nec iniuria horum potius; quia ut maxime ſubtilitate iuris etiam poſt nuptias contractas maneant liberi in poteſtate patris: tamen re vera & facto ipſo, qui contraxit, quodammodo ſubducitur patris poteſtati, & tranſit in aliam domum.* Filius quidem, dum incipit habere uxorem, cui & natura ipſa, & nominatim verbo Dei iubetur adglutinari, ac propter hoc etiam relinquere patrem & matrem ſuam. *Mat.* 19. 5. incipit & habere liberos, quibus imperet. Uxor autem dum incipit eſſe in domo, atque in officio mariti: *L. ſicut*, 48. *D. de oper. libert.* iubetur eum ſequi, & ei ſubiecta eſſe, ut Domino. *Eph.* 5. 22. *Hanc ſubductionem poteſtatis paternæ iniurioſam eſſe, eoque invito patre non eſſe concedendam liberis recte placuit.*

VII. Quod tamen non eſſe perpetuum. Hactenus enim æquum viſum eſt conſenſum parentis exigi, dum ne iuſta aliqua cauſſa ſuadeat eum non deſiderari. Quod tribus caſibus accidit. Primus eſt, ſi parens furioſus ſit, aut mente captus. Fruſtra enim expectetur conſenſus eius, quem conſtet natura conſentire non poſſe. *L. ſi nepos*, 9. *D. de rit. nuptiar. L. ſi furioſi, C. de nupt.* Hic tamen iniicitur temperamentum liberis furioſi nuptias contracturis, ut ſi quidem pater, cuius in poteſtate eſt filius, furioſus ſit, adhibeatur avi auctoritas; quanvis uxorem ducturus non ſit in eius avi poteſtate, puta ex emancipato natus. Aut ſi furioſus ſit avus, cuius in poteſtate eſt nepos uxorem ducturus, adhibeatur auctoritas patris, quanvis filius non ſit in eius poteſtate, quoniam furore paren-

* Commodiſſime Donellus publicæ legi aſſeverate confirmat eam vim atque auctoritatem in conſtituenda ſolemni contractus matrimonii forma, ut hac minime cuſtodita, nullum contrahi poſſit, & appellari matrimonium. Sed quam ille diſſimulat, aut ignorat in rem noſtram, liceat Catholico cuique publicam eiuſmodi legem agnoſcere & revereri eam: quam & antiqui Eccleſiæ Canones, & noviſſime Tridentini Patres ſancivere graviſſimo illo decreto: quo, ut permultis animarum & Chriſtianæ Reipublicæ damnis, & Sacramenti violationi præterea occurrerent, liberiores Chriſtianorum conſcientias, tanquam validiore fræno cohibuere: dum iuſſere contractum matrimonii nullum & per ſe irritum eſſe, niſi contrahentium conſenſus eſſet coram Parocho & duobus teſtibus aperte declaratus. Quorum de auctoritate & totius Eccleſiæ poteſtate in his quæ ad Sacramentorum adminiſtrationem pertinent, neſas Catholico viro dubitare. Vid. Concil. Trident. *Seſſ. 24. Cap. 1. de Reform.* Cl. Laurent. Berti *Lib. cit. Cap. 7. Prop. 2.* Emman. Gonzal. *in Comment. Cap. 3. de Cland. deſp.* Van-Eſpen. *Iur. Eccl. Univ. P. 2. Tit. 12. Cap. 5.*

** Patris Conſenſus in filiorum nuptiis eſt honeſtatis dumtaxat, ut noſtri loquuntur, non neceſſitatis; & a filiis ex officio pietatis impetrandus, non iure ſummo. Quare inutilem, meo quidem iudicio, operam ſumit Donellus, dum hic patriæ Romanorum poteſtatis iura tueri, eique proinde uti bono ac æquo, ſeu natura fundatæ iniurioſum eſſe liberum in filiis nuptiarum votum conatur oſtendere. Illam namque immodicam poteſtatem ex iure civili totam, non a iure naturæ aut divino profectam nemo ſit illorum, qui de iure naturæ aut divino ſcripſerunt, quin libere affirmet, & profiteatur. Æquiſſimo igitur atque optimo iure Tridentini Patres poteſtatem illam patriam a filiorum cervicibus, uti liberæ nuptiarum optioni contrariam repellunt; qui etſi matrimonia invitis parentibus contracta, qua parte filiorum officio, & debito parentibus obſequio contraria, deteſtantur: ea nihilominus & iubent eſſe rata; & a parentibus irrita effici, nullo modo poſſe, ſeveriſſima propoſita ſanctione decernunt. Vid. Concil. Trident. *Seſſ. 24. Cap. 1. de Reform.* Emman. Gonzal. *in Comment. Cap. 1. de Deſponſat. impub.* Covarruv. *de Matrim. P. 2. Cap. 3. §. 8.*

parentis patria poteſtas in liberos non amittitur. *L. patre, D. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Utrum autem horum factum erit, placet ſufficere ad nuptias contrahendas. *d. L. ſi nepos, 9. de rit. nupt.* Quod ſi liberis unus tantum parens eſt is, qui eſt furioſus: hic fit locus ei temperamento, de quo cautum eſt in *d. L. ſi furioſi, C. de nupt.* Ut liberi furioſi adeant magiſtratum, aut Epiſcopum loci, quorum auctoritate & de opinione perſonarum, & de moderatione dotis, itemque donationis propter nuptias conſtituatur præſentibus curatoribus furioſi, & iis qui ex genere eorum ſunt nobiliores: hac lege, ut hic gratis omnia procedant.

VIII. Secundus caſus eſt, ſi ita abſit pater, ut conſenſus eius haberi non poſſit. Quod accidit, ſi ſit captus ab hoſtibus; aut ita abſit, ut ignoretur ubi ſit, & an ſit. Quo caſu ius ita temperatum eſt de conſenſu patris in nuptiis, ut iubeantur liberi triennium exſpectare, an pater redeat; ſi intra id tempus non redeat, libera his fiat poteſtas matrimonii contrahendi. *d. L. ſi nepos. 9. §. ult. L. si ita, ſeq. D. de rit. nupt.* Sed & intra id triennium ſi liberi abſente patre matrimonium contrahant, placet recte contractum videri, dum eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cuius conditionem certum ſit patrem repudiaturum non fuiſſe. Hoc in *L. si filius, 11. D. de rit. nupt.* Finge patrem ante diſceſſum aut captivitatem de iiſdem perſonis egiſſe; aut eſſe perſona ex familia vel amica, vel honeſta & pari, aut etiam ſuperiori. Quales conditiones ab homine non ſtulto repudiari non ſolent.

IX. Tertius caſus eſt, ſi pater præſens nuptiis filii ſorte aut filiæ oblatis, & quæ his placeant, repugnet iniuria, quominus contrahantur. Quocaſu non continuo permittitur contempta voluntate patris aut filio ducere uxorem, aut filiæ nubere: ſed per magiſtratum, qui ſummam in iuriſdictione poteſtatem habet, res tranſigenda eſt. Adibunt igitur liberi magiſtratum, qui ſi cognoverit non eſſe conditionem eiuſmodi quæ repudiari debeat, coget patrem conſentire, atque ita collocare. *L. capite, 19. alias qui liberos, D. de rit. nupt.* Cogendi ratio expedita, magiſtratus re cognita faciat poteſtatem matrimonii contrahendi. Quo ſacto nuptiæ recte contrahentur quaſi conſentiente patre. Videri enim debet conſentire pater qui declaratur nulla diſſentiendi cauſſam habere. *arg. in L. dotem, 37. D. ſol. mat.* Sed etſi invito patre id fieri quis exiſtimet: tamen si iuſte poſſidet, qui auctore prætore poſſidet, ut certe poſſidet; *L. iuſte, 11. D. de acq. poſſ.* recte dicemus etiam eum recte uxorem habere, qui auctore prætore habet, si modo magiſtratus ſententiam ſecundum leges tulerit, ut hic fieri modo diximus.

X. Quod ſi pater præſens erit, ignorante eo, aut invito ſecus quam diximus, nuptiæ contrahi non poſſunt ab iis, qui ſunt in eius poteſtate. Quid ſi contra liberi coierint? Sequitur, ut nullæ ſint nuptiæ, &, ut eſt apud Iuſtinianum, ut neque vir, neque uxor, neque dos intelligatur. *§. ſi adverſus, Inſt. de nupt.* Sic enim eſt, ut ſupra dixi, pœna generalis conſtituta adverſus ea, quæ contra leges fiunt, ut facta pro non factis habeantur. *L. non dubium, C. de legib.* Non mutatur hæc ſententia ne iure Pontificio quidem. Nam illa, quæ præcipue videntur adverſari, plane non obſtant: *C. ſufficiat, 27. q. 2. C. cum cauſſa, de raptor.* In *C. ſufficiat.* ita ſcriptum eſt: *ſufficiat ſecundum leges conſenſus eorum, de quorum coniunctione agitur.* Recte *ſecundum leges:* quæ verba rem expediunt. Quis eſt enim contrahentium conſenſus ſecundum leges, niſi hic ipſe, de quo diximus, cum ſcilicet contrahentes accedente conſenſu eorum, quorum in poteſtate ſunt, nuptias contrahunt? Nam hunc conſenſum leges exigunt. *Inſt. de nupt.* in pr. Et quanvis non adiiceretur illud, *ſecundum leges;* tamen idipſum intelligi oporteret. Nam & regula iuris civilis idem definitum eſt pæne totidem verbis, *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit.* Et tamen hoc omnes citra controverſiam ita accipiendum intelligunt, dummodo extra conſenſum, de quo regula complectitur, cætera interveniant, ſine quibus nuptiæ ex præceptis legum contrahi non poſſunt; in quibus eſt unum de conſenſu parentum. Alioqui ſi verba captare volumus, dicendum erit ſolum conſenſum ſufficere ad nuptias contrahendas etiam inter parentes & liberos. Quod eſt abſurdum. In *C. cum cauſſa, de raptor.* ſcriptum eſt conſenſu filiæ & viri nuptias contrahi, quanvis parentes filiæ repugnent. Hoc de parentibus ſcriptum eſt generaliter. Excipitur alibi ex eo genere ſpecies parentum, nempe eorum, qui liberos in poteſtate habent. *Inſt. de nupt.* io pr. *d. L. 2. de rit. nupt.* Hanc ſpeciem ex illa generali definitione eximi oportet, quandiu nihil erit, quod refragetur; idque efficit regula iuris, *In toto iure generi per ſpeciem derogatur.* L. in toto iure. *D. de reg. iur.* Sed ne anxie laboremus in diſſolvendis decreta-

libus

Digitized by Google

libus epiſtolis Pontificum, quæ forte ſuperiori ſententiæ iuris civilis adverſari videbuntur: hanc regulam tenere debemus in omnibus: quæ bonis legibus publicis conſtituta ſunt, *ea *** nullis decretis Miniſtrorum verbi infringi aut mutari poſſe. Quinimo ipſi Miniſtri in primis legibus illis bonis ſubiiciuntur ex præcepto Apoſtoli, quo iubetur omnis anima ſubiecta eſſe poteſtatibus ſupereminentibus: & adiicitur Dei ordinationi reſiſtere omnem, qui ſe poteſtati & magiſtratui opponat.* ad Rom. 13. *Quod præceptum aliis tradens Apoſtolus in primis ſibi ipſi dixit, & præcipue ad ſe pertinere oſtendit, ut in eo obſervando aliis exemplo ſuo præluceret. Ergo & eum dicit reſiſtere Dei ordinationi, qui ſe opponit Magiſtratuum & Principum bonis legibus, quæ ſcilicet aut verbo Dei conſentiant, aut non adverſentur. Nam in legibus eſt imperium & auctoritas Magiſtratus. At lex de conſenſu parentum adhibendo in nuptiis liberorum qui in poteſtate ſunt, non modo non pugnat cum verbo Dei, ſed etiam prope videtur ex eo verbo expreſſa. Nam lex Dei vetat nunquam ſuum adimi illo præcepto*, Non furtum facies: *Iam autem dixi nuptiis quodammodo liberos ſubduci poteſtati patris. Præterea eadem lex ſuperior, quæ eſt de parentum conſenſu, pertinet ad honorem parentibus debitum his aſſerendum. Hic honos inter ea præcepta divinæ legis, quæ ſunt de proximo, primo præcepto ſancitus eſt*, Honora patrem & matrem. *Quare legem ſuperiorem de conſenſu parentum aut noluerunt mutare Pontifices, aut ſi voluerunt, certe non potuerunt. At enim Chriſti præceptum eſt* Matt. 19. *quod Deus coniunxit, homo ne ſeiungat. Sed ut iam admonui, non intelliguntur coniungi a Deo, qui adverſus bonas leges, id eſt adverſus ipſam ordinationem Dei, ut vocat Apoſtolus, coniunguntur. Vel ut verius dicam, qui iunguntur adverſus ipſiſſimum illud præceptum Dei*, honora patrem & matrem. *Manebit igitur ſine conſenſu parentum, quorum in poteſtate ſunt, qui contrahunt, nuptias contractas non eſſe nuptias, ſed illicitam coniunctionem.*

XI. Quid tamen, ſi concubitus ſit ſecutus? Sunt, qui putent confirmari prius matrimonium, moti verbis *C. cum multa, de raptor.* Quia illic dicitur, poſt matrimonium carnali copula perfectum, uxorem corporis ſui poteſtatem non habere: quaſi matrimonium quod ante non valuit, carnali copula ſecuta incipiat valere. Sed neque id verba ſuperiora ſignificant, & ſententia per ſe non ſolum falſa eſt, ſed etiam abſurda. Falſam quidem eſſe, ſi nihil aliud, certe reſponſum Pauli non obſcure probat, quod extat in *L. Paulus reſpondit. D. de ſtat. hom.* Sic ait: *eum qui vivente patre & ignorante de coniunctione filiæ conceptus eſt, licet poſt mortem avi natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.* Si non eſt iuſtus filius, qui ex hac coniunctione natus eſt, non fuerunt hæ iuſtæ nuptiæ. Quoniam ex iuſtis nuptiis naſci non poſſunt, nisi iuſti liberi, id eſt ii, qui ſint in poteſtate patris, aut avi. *Inſt. de patr. pot.* Cum autem loquitur Paulus de eo, qui ex eadem illa coniunctione natus eſt, ſatis declarat ne concubitu quidem ſecuto nuptias illas illicitas confirmatas fuiſſe; cum ſine concubitu liberi exsiſtere non potuerint. Quod si res ratione penditur, reperietur ſententia illorum contraria non tantum falſa, ſed etiam abſurda. Argumenta hæc ſunt. Primum abſurdum eſt eum, qui peccavit, ad eam rem confirmandam in qua peccavit, novo peccato adiuvari. Quinimmo cum lex ſit delictorum coercitio, *L. 1. D. de leg.* quo plura & contumacius quis delinquit, eo maiore odio & pœna dignus eſt. At

*** In Canonum explicatione, qui patriam Romanorum poteſtatem convellunt & eliminant a nuptiis, dum minus ſibi placet Donellus, eo venit audaciæ Calvino uſus præceptore, ut Canonum conditores per ſummum dedecus & contumeliam e gradu deiiciat, & tamquam puros putoſque verbi Dei præcones & miniſtros producat. At quam iniuria, quam temere, nemo non videt qui & ſacrarum literarum & Eccleſiaſticæ antiquitatis ſit vel mediocriter peritus. Cum & divini iuris, & omnium qui illud interpretantur veterum patrum & Theologorum teſtimonio receptum ſit, D. Petro, eiuſque ſucceſſoribus Romanis Pontificibus legum ferendarum in iis quæ ſacrorum religionem & animarum ſalutem ſpectant, ſummam a Chriſto Domino traditam poteſtatem. Bellarm. *de Rom. Pontif. Controv.* 3. *Lib.* 4. *Cap.* 15. Dionyſ. Petav. *de Eccleſ. Hierarch. Lib.* 3. *Cap.* 14. *& ſeqq.* Et matrimonii contractum ad Sacramenti dignitatem a Chriſto Domino evectum Catholicorum nemo dubitet. Hinc facile apparet quam merito, & iure ſuo conditores Canonum Romani Pontifices, & Tridentini Patres rata eſſe voluerint adverſus Romanas leges filiorum matrimonia contracta parentibus invitis. Qua in re, ut de illorum poteſtate modo taceam, ſi recta ratio & divina auctoritas conſulatur: nihil decrevere quod non ſit & naturali & divino iuri probatum quammaxime; ut omnes qui de iure naturæ aut divino ſcripſere (quod ſæpius dicere neceſſe eſt) conſentiunt viri doctiſſimi. Summa ideo Donelli confidentia, qui Romanarum legum obedientiam velit impoſitam Romanis Pontificibus D. Pauli teſtimonio, quo iniquiſſime, & Calvino præceptore peius abutitur. Bellarm. *Loc. cit. §. ſextus locus eſt.* Nec melius fere atque felicius aliis duobus utitur in rem ſuam teſtimoniis ſcripturarum: quorum alterum, ut ex ſuperius dictis apparet, nihil pertinet ad rem; alterum parentibus ubique deberi reverentiam ut in omni re, ſic in nuptiarum ineundo fœdere iubet quidem: at cui naturalis & divini iuris interpretum probabit Donellus hoc filiorum in parentes officium, ea Romani iuris neceſſitate concludi?

peccat filius tunc, cum ignorante aut invito patre, cuius in poteſtate eſt, nuptias contrahit: facit enim contra præcepta legum. Idem cum in eadem coniunctione citra voluntatem patris perſeverans addit concubitum, is peccatum prius novo peccato cumulat. Nam & hic contemptus voluntatis paternæ idem eſt, & ipſe concubitus extra iuſtas nuptias non poteſt, quin ſit illicitus. Abſurdum igitur eum hoc concubitu ad ſtabiliendas nuptias illicitas adiuvari. Sit & hoc argumentum. Quæ ab initio illicitæ nuptiæ fuerunt, neceſſe eſt perpetuo ita ſint, niſi aliquo facto poſtea confirmentur. At pluſquam abſurdum eſt dici re illicita & quæ per ſe non valet, aliam & præſertim illicitam confirmari. Nam quomodo poteſt res ulla alteri rei dare, quod ipſa in ſe non habet? non poteſt, *arg. in L. nemo plus. D. de reg. iur.* Illicitæ autem nuptiæ ſunt, quæ ſine conſenſu patris, qui filium in poteſtate habet, ſunt contractæ; illicitus & is concubitus, qui præter eiuſdem patris voluntatem ſecutus eſt. Abſurdum ſit igitur dici, quæ nuptiæ ante illicitæ fuerunt, concubitu iſto illicito ſecuto fieri licitas. Poſtremo *quæ res hic ab initio iniuſtas nuptias faciat, ſpectandum eſt. Hæc* **** *cauſſa eſt. Quod nuptiæ contractæ ſunt invito aut ignorante patre.* Neceſſe eſt igitur quamdiu hæc cauſſa perſeverabit, prohibitioni & pœnæ legis locum eſſe. Atqui concubitus invito & ignorante patre ſecutus tantum abeſt, ut cauſſam iſtam prohibitionis mutet, ut novo delicto & contumacia etiam augeat. Quapropter non poteſt dici nisi abſurde, cauſſa prohibitionis manente prohibitionem legis perſeverare ad infirmandas nuptias: eadem cauſſa novo delicto conduplicata legis prohibitionem ceſſare, & fieri licitas nuptias. Denique ſi ſimpliciter dicendum eſt, neque conſenſus, neque concubitus per ſe, neque etiam hæc coniuncta nuptias faciunt, niſi ſecundum præcepta legum contrahentes coeant. *Inſt. de nupt.* in pr. In his autem præceptis eſt unum de conſenſu parentum adhibendo, quorum in poteſtate ſunt liberi. Adverſus quod faciunt, qui ſine horum conſenſu nuptias contrahunt: neque hoc mutant, qui ſine eorundem conſenſu concubitum adiiciunt. Proinde utcumque liberi id faciant, nuptiæ non erunt: quia ſemper verum ſit hoc modo adverſus ſuperius præceptum factum eſſe. Non obſtat, quod in *d. C. cum cauſſa. De raptor.* dicitur, matrimonium carnali copula perfici. Dictum enim id eſt de matrimonio, quod ab initio valuit, ut vere contractum diceretur: ſed quod contractum tunc recte dicatur plene perfici, cum ſuperior copula ſecuta eſt. Quomodo emptionem perfectam dicimus, cum pure de re vendita & pretio convenit, dum ſcilicet obligationem ſpectamus, quæ tunc vere contracta eſt. *L. neceſſario, D. de peric. & com. rei vend.* Eandem rurſum dicimus impleri & perfici, cum res traditur: dum hic non obligationem, ſed obligationis effectum conſideramus. *L. ſi quis alienam, 46. D. de act. empt.*

XII. Quid, ſi liberi parentes habebunt, ſed quorum in poteſtate non ſint, vel quia ſint emancipati, vel quia eos habeant, quorum poteſtas nulla eſt in liberos, ut matrem, avum maternum, & ſimiles? Et animadvertendum eſt hic aliud ſervari iure civili in filiis, aliud in filiabus. Filius qui ſui iuris eſt, etiam ſine conſenſu patris, multoque magis matris, uxorem ducere poteſt. *L. filius emancipatus. 25. D. de rit. nuptiar.* Nihil contrarii eſt in *L. viduæ, & L. in coniunctione, C. de nupt.* in quibus & patris, qui filiam in poteſtate non habet, & matris conſenſus exigitur. Nam illæ diſerte ſcriptæ ſunt de filiabus, quod ius ad maſculos non pertinet, ut mox dicetur. Si filia eſt, & annum viceſimum quintum exceſſit, eadem in hoc ſexu atque ætate libertas matrimonii contrahendi, quæ in filiis emancipatis, ut ſine conſenſu parentum, quorum in poteſtate non eſt filia, recte nubat, ſive ſit vidua, ſive virgo. Id oſtendunt *d. L. viduæ, & d. L. in coniunctione, C. de nupt.* Nam cum his locis vetentur nominatim minores annis viduæ & virgines ſine conſenſu nubere; ſatis intelligitur, cæteris quæ eam ætatem exceſſerunt, quibus id ademptum non eſt, liberum relictum videri. *arg. in L. qui teſtamento, 20. §. mulier, D. qui teſt. fac. non poſ. L. mutus, 43. §. 1. D. de proc.* Quod ſi filiæ conſiſtent intra viceſimum quintum annum, hæ ſine conſenſu parentum, etiam quorum in poteſtate non ſunt, nuptias contrahere non poſſunt. Confirmat Accurſius in ſupra ſcriptis omnibus locis, in quibus de hoc conſenſu agitur.

XIII. Diſſentiunt cæteri, exiſtimantes quod contra ſcriptum videtur in *d. L. viduæ, & d. L. in coniunctione.* conſilium eſſe, non præceptum. In quo ſi dicendum eſt quam molliſſime, nihil aliud dici poteſt,

**** *Vid.* 2. & 3. Aſteriſc. *huius* Cap. ibique notam.

poteſt, quam eos non ſatis attente legiſſe aut expendiſſe locos illos, quibus aperte contra conſtitutum eſt. In *L. viduæ*, nominatim prohibentur viduæ etiam emancipatæ, ne in ſecundas nuptias (nam viduæ in alias non poſſunt) conveniant ſine patris ſententia, ideſt ſine arbitrio & voluntate, & explicatur in *d. L. coniunctione*. Proinde ſi ſine voluntate patris nuptias contraxerint, contra legem faciunt. Nam contra legem fit, cum id fit, quod lex prohibet. *L. contra, D. de legib.* Quidquid autem contra legem, nullius momenti, & pro non facto eſt, *d. L. non dubium, C. de legib.* Ergo & eiuſmodi nuptiæ pro infectis, ideſt nullæ. Hoc amplius adiicitur in *d. L. viduæ*, ſi plures conditiones offerantur filiæ. Filia unam probet, pater aliam. Et ita in eo delectu mulieris voluntas repugnet patris ſententiæ, placere habendo examini adiungi auctoritatem cognitionis iudiciariæ. Non eſt hic conſilium, ſed iubetur adiungi auctoritas magiſtratus. Quod plane eam ſignificationem habet, ut niſi magiſtratus re cognita quid filiæ expediat, poteſtatem ei fecerit eum maritum ſequendi, cui pater repugnat, filia ei nubere non poſſit. Nam ſi per ſe ſola poſſet maritum ſequi, quem vellet, fruſtra ad eam rem requireretur auctoritas iudicis. Et quod de viduis minoribus initio illic ſcriptum eſt, idem paulo poſt dicitur ſancitum eſſe in virginum coniunctionibus. Sancitum merito: minus enim iuris eſt virginibus, & plus pudoris, quam viduis, quæ iam ante aut matres factæ ſunt, aut ita nupſerunt, ut matres fieri poſſent. Idem conſtitutum in *d. L. in coniunctione, de nupt.* ubi hæc verba ſunt. *Si ſui iuris puella ſit intra quintum & vigeſimum annum conſtituta, ipſius quoque* (patris) *aſſenſus exploretur*. Cum alicubi iubetur explorari voluntas aut conſenſus alicuius, id eo pertinet, ut ſine eius conſenſu nihil agatur. *L. in adoptionibus, 5. D. de adopt.* Ibidem adiicitur & de matris conſenſu, ut ſi puella *patris auxilio deſtituta ſit; matris & propinquorum, & ipſius quoque requiratur adultæ iudicium*, ideſt voluntas. Iubentis hæc ſunt, ſine dubio, non conſulentis. Nam primum imperandi verbo ait lex, requiratur iudicium. Deinde vult eodem complexu orationis requiri matris iudicium pariter & filiæ. At conſtat ſic filiæ conſenſum requiri, ut ſine eo nullæ ſint nuptiæ. *L. ſponſalia, D. de ſponſ.* Idem igitur eodem verbo in perſona matris exigi intelligamus, ut ſine eo filia minor nubere non poſſit.

XIV. Nihil hic adverſatur, quod de filio emancipato ante diximus ex *L. filius emancipatus, 25. D. de rit. nupt.* filium emancipatum etiam ſine conſenſu uxorem ducere poſſe. Apparet enim his locis conſulto diſtinctos eſſe in hac coniunctione maſculos a fœminis, & in fœminis ipſis aliam cauſſam habitam eſſe minorum, aliam maiorum. Si quis differentiæ rationem requirit, complures reddi poſſunt. Primum illud certi iuris, in multis iuris noſtri articulis deteriorem eſſe conditionem fœminarum, quam maſculorum. *L. in multis, D. de ſtat. hom.* Quo in numero hanc diſtinctionem haberi oportet. Præterea hoc ius in virginibus & viduis minoribus multa ſuadent præter honorem parentibus debitum; pudicitia ſexui congruens, ut ei tribuitur in *L. 1. §. 2. D. de poſt.* cui non convenit in illa ætate maritum repetere pro libidine, ſed recte oblatum ſequi auctoribus iis, qui in rem eius melius conſulunt. Deinde imbecillitas duplex, ſexus & ætatis. Sexus; propter quem fœminæ etiam maiores iuvantur ſenatuſconſulto interceſſionibus. *L. 2. §. 1. D. ad ſen. Vell.* Ætatis; propter quam omnibus minoribus lapſis ſuccurritur. *L. 1. D. de min.* Non eadem ſunt in maſculis quanvis ætate minoribus. Ideo non mirum ſi hæ perſonæ in hac re ita diſtinguantur.

XV. Adverſus has leges ſi nubet filia, probandum eſt in ea coniunctione, quæ fiat contra præcepta legum, *eundem* ***** *exitum eſſe nuptiarum, quem eſſe diximus, cum liberi adverſus eadem præcepta coeunt ſine conſenſu parentum, quorum ſunt in poteſtate*. Atque hi ſunt, quorum conſenſus in nuptiis contrahendis exigitur. Qui cum intervenerit, hic demum eſt conſenſus legitimus, quem hic quærimus, idem ille, quo nuptiæ perfici dicuntur regula iuris. *d. L. nuptias, D. de reg. iur.* Et recte dicuntur, dum de conſenſu ſolo quæritur, non de perſonis contrahentium, de quibus ante diximus.

***** Hoc utique de iure civili; ſed contra decernitur a iure canonico; cui omnino ſtandum eſt. Vid. huius Cap. 2. & 3. Aſteriſc. & quæ ibi ſunt adnotata.

C A P. X X I.

Nuptias ſic contractum eſſe, ut quemadmodum ex reliqua ſocietate inter ſocios, ſic ex nuptiis inter virum & uxorem rerum communicatio, & obligatio mutua naſcatur. Quæ hæc communicatio, quæ obligatio, & quas præſtationes hæc habeat. Quæ harum obtinendarum ratio & actio.

Ex nuptiarum contractu veram oriri obligationem. I.

Eamque poſitam in perpetua vitæ conſuetudine, & in officiorum coniugalium mutua præſtatione. II.

Perpetua vitæ conſuetudo quo iure conſtituta inter coniuges; & quatenus eam retinere cogantur, ſi renuant. III.

Qui a coniuge divertens, alii ſe coniungit, adulterii crimen & pœnam incurrit. IV.

Mutui coniugum officii præſtatio aut in corporum, aut rerum coniunctione conſiſtit. V.

Coniunctio corporum divino nuptiarum inſtituto maxime conſentanea; quomodo fovenda. VI.

Quæ ſacrorum communicatio coniugibus apud Romanos. VII.

Communio rerum inter coniuges implicatior, poſita in dignitate mariti & in externis coniugum bonis. VIII.

Qualis in dignitate ſeu ſtatu mariti. IX.

Item quæ uxoris, ſeu mariti communio in externis utriuſque bonis. X. XI.

Alimenta vir inopi uxori, & uxor inopi marito præſtare debet: & quare. XII. XIII.

A quo cogendi, ſi officium deſerant. XIV.

Propria uxoris præſtatio, obſequi viro. XV.

Nulla nec divino nec civili iure viro permittitur uxoris verberatio. XVI.

Sed inobſequenti uxori præmittenda monitio, & contumaci alimentorum neganda præſtatio. XVII.

Contrariis occurritur. XVIII.

I. Nuptiis contractis inter quos, & quo conſenſu fieri oportet, quibus de rebus diximus; deinceps de obligatione huius generis, ſi modo eſt aliqua cognoſcendum eſt. Et ſi nuptiæ ſunt ſocietatis ſpecies, ſi denique ſunt contractus, ut eſſe diximus: etiam perfectæ ſuam obligationem habent, quæ inde naſcatur. Sic enim ex contractu dicitur naſci obligatio, in §. *ult. Inſt. de obligat.* ut hac cauſſa poſita neceſſe ſit effectum ſequi, obligationem. Et retro hoc eveniat, ut detracta alicui obligatione, inde quoque contractus recte removeatur. Ergo ne quid hic deſit ad contractum huic generi recte tribuendum, etiam ex hoc contractu obligationem eſſe, & quæ ſit, quidve contineat, doceamus. Idque eo diligentius, quod ut ſupra dixi, plerique ex nuptiis ullam obligationem naſci negent. Quo poſito recte concluditur nuptias contractum non eſſe. Id autem ſic efficiunt. Quærunt enim, quæ res ſubſit in hoc contractu, ſiquidem ita appellare liceat, quam inter coniuges præſtari neceſſe ſit. Et recte quærunt. Nam ſine re, quæ ab uno ſolvi alteri & præſtari debeat, nulla eſt obligatio: ſi quidem ea recte definitur, vinculum iuris, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ. *Inſt. de oblig.* in pr. Sed & obligationum ſubſtantia in eo conſiſtere dicitur, ut alium nobis obſtringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præſtandum. *L. 3. D. de obl. & act.* Quærunt ergo, ut dixi, ubi & quarum rerum ſit iſta præſtatio. Quam quia negant ſe ullam hic videre, ideo hinc ut obligationem ſic & contractum removent. Nos ergo & hoc doceamus, veram hic obligationem contrahi, idque vel hoc ipſo, quod obligatio ſit ad aliquid faciendum, præſtandum; & ab hac præſtatione non tantum obligationem hic ſubeſſe, ſed etiam obligationis genus agnoſcamus.

II. Eſt vero inter coniuges mutua obligatio nuptiarum nomine ex conſenſu ſuſcepta, non aliter quam inter rerum ſocios huius ipſius ſocietatis iure. Conſiſtit ea obligatio duobus his in rebus ſummis: in convictu interiore, eoque perpetuo, & in officiorum coniugalium mutua præſtatione. Primum nuptiarum munus & finis eſt, ut ſit inter coniuges convictus idem,

quem

Digitized by Google

quem noſtri vitæ conſuetudinem & conſortium vitæ appellant, *Inſt. de patr. pot.* in pr. *L. 1. D. de rit. nupt.* Finis eo pertinens, non ut in eo conſiſtatur, ſed ut ſit ab initio conſtitutum id, ex quo cætera officia coniugalia ſequuntur, de quibus mox. Neque hic convictus, atque hoc conſortium vitæ per nuptias conſtituitur ad tempus; ſed hoc agitur, ut conſortium ſit perpetuum, nec unus unquam ab altero diſcedat. De qua perpetuitate ſatis diximus in definitione nuptiarum ſupra huius *Lib. C.* 18.

III. Et ut hic iure civili deficeremur, quod ſecus eſt: tamen ea indivulſa & perpetua coniunctio, ſatis iam tum monui, ſtatuitur verbo Dei. De qua ſic Chriſtus *Matt.* 19. 4. 5. 6. *Non legiſtis opificem ab initio feciſſe maſculum & fœminam: & dixiſſe, propter hoc relinquet homo patrem & matrem ſuam, & adglutinabitur uxori ſuæ: & qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius ſunt duo, ſed una caro. Quod ergo Deus coniunxit: homo ne ſeiungat.* Clarius etiam Paulus in hanc ſententiam 1. *Cor.* 7. 10. & 11. ita præcipit: *uxor a viro ne diſcedito: & vir uxorem ne dimittito.* Quod cum tam aperte iure divino ſancitum ſit, ſciamus adverſus id nullas leges humanas valere. Ita plane hoc iure coniunctionem hanc atque hanc conſuetudinem vitæ fieri eam quam Iuſtinianus dicit, individuam: quam Martianus vocat *conſortium omnis ſeu totius vitæ*. Nec minus eodem iure efficitur, maritum obligatum eſſe uxori, & uxorem marito ad hanc conſuetudinem, & coniunctionem vitæ invicem præſtandam. Satis enim obligamur ad aliquid præſtandum, cum iure præſtare iubemur. *L. obligamur*, 52. *D. de obl. & act.* Quod ſi hic quæritur, quæ ſit res, quæ hic præſtari debeat, & quæ ſit neceſſitas præſtationis, quorum utrumque obligationis definitio exigit; *Inſt. de obl.* in pr. Utrumque in promptu eſt. Res præſtanda eſt factum illud, quod alterum alteri in hac re præſtari oportet. Id autem eſt, ut ſi alter ab altero diſcedat, ut ſeorſim abeat: hic uxor ad maritum redire, & maritus uxorem ad ſe recipere debeat. Scimus autem obligationem non tantum in eo eſſe, ut quid detur, ſed etiam ut quid fiat, ut in omni verſetur aut res, aut factum. *L. 3. D. de obl. & act. §. ult. Inſt. de verb. oblig.* Neceſſitas autem huius præſtationis hæc, ut uterque alteri ſuperiora præſtare per [1] magiſtratum cogatur. Nam & alias, cum iubetur pater, filiam quam in poteſtate habet dotare, adiicitur, ſi id non faciat, nullam quidem ordinariam de eo inter tam coniunctas perſonas actionem eſſe: ſed tamen patrem per proconſules, præſideſque provinciarum cogi dotare. *L. capite, 19. D. de rit. nupt.* Quod & in hac ſpecie probandum eſt, ne fruſtra ius iſtam conſuetudinem exigat. Quæ ergo hic cogendi ratio? Utetur nimirum magiſtratus remediis ſuis ad cogendos inobedientes cives comparatis. Iubebit eum eamve, qui, quæve diſceſſit, ad coniunctionem veterem redire. Niſi paret, multam dicet, pignora capiet, & diſtrahet. Quæ dicuntur eſſe remedia prætoris ad aliquem cogendum, in *L. 1. §. ex hoc reſcripto*, in fin. *D. de inſp. ven.* Quod ſi is, cum multa dicetur, nihil habeat in bonis, faciendum eſt, quod adverſus debitores, qui ſolvendo non ſunt, fieri ſolet. In carcerem ire iubendus eſt, ut non prius illinc diſcedat, quam aut paruerit iuſſui magiſtratus, aut bonis omnibus ceſſerit. *L. 1. C. qui bon. ced. poſ.* Ergo iam ſaltem in hac parte nuptiis obligationem inter coniuges contrahi fateri cogemur. Ut ſi nulla hic alia obligatio eſſet, tamen ſatis ſit ad efficiendum hoc genere ſocietatis obligationem inter ſocios vitæ contrahi, ut propoſuimus.

IV. Atque hæc etiam tunc pœna eſt, cum nihil amplius quam uxor a marito, aut maritus ab uxore diſceſſit, neque aut illa nubit alii, aut hic aliam ſibi adiungit. Quod ſi qui diſceſſit, alii ſe adiunxerit, hic naſcitur nova pœna. Sic enim alio conſorte uti non licet, ut qui uti cœperit, adulterium committat. Quod iam ad pœnam legis Iuliæ de adulteriis pertinere incipit. De quo ita Chriſtus *Matt.* 19. 9. *dico autem vobis, quicunque dimiſerit uxorem ſuam niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, eum mœchari: & qui dimiſſam duxerit, mœchari.*

V. Parum eſſet convictus, & coniunctio vitæ ſuperior inter coniuges, ſi nihil aliud in eo, quam conſuetudo vitæ quæreretur. Nam & amici eodem convictu, dum vivunt, uti poſſunt. Qui tamen ab ea coniunctione quam in nuptiis quæ-

1) *Cap. 1. in fin. de ſponſal. Cap. litteras 13. de reſtit. ſpoliat.* Beuſt. *de Matrim.* C. 65. Covar. *P.* 2. C. 7. *n.* 1. Morz. *de matrim. Cap. Qua actio oro matrim.* Cum enim ex latere ſumpta ſit uxor, eam a latere diſcedere non oportet. Unde & vir illam adiecta cauſſa vindicat, arg. *L.* 1. *§. 2. de R. V.* Covar *d. C.* 7. *n.* 3. Mauſer. *pag.* 325. Beuſt. *C* 66. *p.* 223 Cumque hoc factum æſtimationem non recipiat, præciſa hæc obligatio. Gœd. *de Contr. ſtip. C* 9. *n.* 63. Ac deſertio cauſſam præbet divortio, de quo Beuſt. C. 26. & 2. *ſeqq.* Reuſner. *Lib.* 3. *Deciſ.* 8.

quærimus, multum abſunt. Res ergo in nuptiis progreditur longius. Ideo, inquam, in illis convictus hic & conſortium vitæ initio ſtatuitur, ut ſic deinde ſequantur officia vere coniugalia, quæ ſine hoc convictu & conſortio exiſtere non poſſunt. Officiorum coniugalium quædam amborum coniugum communia ſunt: quædam unius ex coniugibus propria. Communia voco, quæ utrique ab altero pariter & vice mutua debentur. Ea ſunt duo: coniunctio corporum, & rerum omnium, ſeu, ut loquitur Modeſtinus, divini & humani iuris communicatio.

VI. Coniunctio corporum maxime nuptiarum propria; utpote cuius præcipue cauſſa nuptiæ conſtitutæ ſint; ad ſobolem ſcilicet procreandam, replendamque liberis civitatem, ut Pomponius loquitur *L.* 1. *D. ſol. mat.* vel verius ad tuendum propagandumque humanum genus, alioqui brevi interiturum. Quam coniunctionem ne quis tanquam parum caſtam, aut homine Chriſtiano parum dignam ſuperſtitionis errore damnet, aut de ea minus recte ſentiat, verbo Dei ſerio ſancita eſt, atque adeo utrique coniugum poſtulante altero iniuncta. Iam ſupra verba Chriſti retulimus ex *Matth. C.* 19. quæ id aperte declarant. *Non legiſtis*, inquit, *opificem ab initio feciſſe maſculum & fœminam, & dixiſſe, propter hoc relinquet homo patrem & matrem ſuam, & adglutinabitur uxori ſuæ: & qui duo fuerant, erunt una caro? Itaque non amplius ſunt duo, ſed una caro.* Apertius Apoſtolus de hac coniunctione ſcribens 1. *Cor. Cap.* 7. verſ. 3. 4. 5. *uxori*, inquit, *vir debitam benevolentiam reddat: ſimiliter & uxor viro. Uxor proprium corpus non habet in poteſtate, ſed vir. Similiter autem & vir proprium corpus non habet in poteſtate, ſed uxor. Ne fraudate alius alium.* Quid ergo, ſi alter alteri hanc corporis poteſtatem deneget? Hic iam certe civilis actio, aut ratio per magiſtratum cogendi recuſantem nulla occurrit: non quia ius deficiat, ſed quia probatio. Nam neque hoc fert coniugum pudor, ut privata eiuſmodi, & quæ natura ſecreta eſſe voluit, palam efferre ſoleant: nec ſi unus ſe fraudari queratur; altero negante, facile hic quidquam probari poteſt. Ideo res hæc tota coniugibus amore & benevolentia, non iure iudicioque tractanda commiſſa eſt: certe de eo nullam actionem proditam legimus. Tantum utrique videndum eſt, quid hic verbum Dei iubeat, & reputandum in eo mandato ſatis neceſſitatis utrique imponi, quo alter alteri in eo ſatisfacere debeat; ſciatque niſi fiat, impune non futurum.

VII. Rerum atque adeo iuris omnis tum divini tum humani communicatio tribuitur nuptiis a Modeſtino in *L.* 1. *D. de rit. nupt.* Quo ſignificatur, nihil eſſe coniugum neque ſacris neque profanis in rebus, quod contractis nuptiis non fiat inter eos commune; aut uſu poſtulante non fieri debeat, ſi quid nondum in eam communicationem venerit. Quod & ipſum in ſocietate rerum fieri animadvertimus, cum ſocietas univerſorum bonorum contracta eſt & de horum communicatione agitur. Ut appareat hanc communicationem propriam eſſe ſocietatis. Sed quam vere ſuperius utrumque tribuatur nuptiis, videndum eſt. Et quod de divino iure dicit Modeſtinus, bene [2] Franciſcus Duarenus in definitione nuptiarum de ſacris privatis Paganorum accepit, quæ domi ſibi quiſque & familiæ ſuæ habebat, dum [3] venerabantur ſuos Deos lares. Horum ſacrorum etiam uxor ſiebat particeps, quippe vitæ ac totius domus ſocia, ut eſt in *L. adverſus, C. de crim. expil her.* Nobis verbo Dei doctis, & vera religione imbutis nihil eſt in ſacris divinum, niſi cultus veri Dei verbo eius patefactus. Hunc autem eſſe dicimus, quem Chriſtus nobis præſcribit *Ioan.* 4. his verbis: *venit hora, & nunc eſt, cum veri adoratores adorabunt Patrem ſpiritu & veritate. Etenim Pater tales quærit, qui ipſum adorent. Deus eſt ſpiritus, & qui adorant eum, oportet, ut ſpiritu ac veritate adorent.* Hunc vero ſpiritum largitur Deus; a privatis [4] nulli communicatur. Preces quidem domi in commune fundi poſſunt: ſed nihil hic proprium coniugii. Omnium hoc Chriſtianorum exercitium eſt: ad quod non minus proximi alii admitti poſſunt, quam uxor & reliqua familia. Sed & hic nihil communicatur aliis, niſi vox preces concipientis. Pietas vero & religio mariti & uxo-

2) *Ad Rub. ſol. matrim. tit. de Nupt. C.* 1. & A. Gent. *Lib.* 2. C. 19. De quibus ſacris privatis Cic. 2. *de LL.* Plin. *in Panegyr.* Valer. Max. *Lib.* 2. *C.* 5. Hinc in familiam adſcitus in ſacra tranſire dicitur, Val. *Li.* 7. *C.* 7. Et filiusfamilias in ſacris eſſe dicitur, & e ſacris dimitti ac abſolvi, cum e poteſtate exit, in pluribus *LL.* a Duareno citatis.

3) Quos & Fatales Genios vocabant, vid. Eryc. Putean. *Lib. genial. Serm. pag.* 22.

4) Cyp. tamen *de Matr. C.* 2. §. *un. n.* 7. id non abſurde noſtris moribus ad huiuſmodi iura referri, ut eidem parœciæ ſubſit uxor, in eadem æde ſacra orandi, conciones frequentandi, Sacramentis utendi, itemque ſepulcrorum ac aliorum commodorum ius habeat, a quo non alienus eſt Alb. Gent. *Lib.* 2. C. 19.

& uxoris eiuſmodi res ſunt, quas ne Ethnici quidem exiſtimarent cuiquam communicari poſſe. Doceri poſſunt: infundi aliis non poſſunt. Deus eſt qui Spiritu ſuo mentes noſtras & voluntates movet, ut quæ recta ſunt, libenter audiamus, audita ex animo amplectamur, iiſque adhæreſcamus.

VIII. De rerum communicatione inter coniuges ius obſcurius: cum potius toto pene civili non aliud occurrat, quam & maritum rerum ſuarum dominium ſolidum retinere non ſolum ſoluto matrimonio, ſed & conſtante: eodemque modo & uxorem. Dotem ipſam, quam ab uxore maritus accipit, nihilominus conſtante matrimonio, ita habet, ut ſolus vindicet, nec quidquam iuris in ea uxor ſibi arroget. *L. doce, C. de rei vind.* Quanto magis quæ ipſe prius habuit, nec ab uxore accepit, retinet? Unde & ſi quas res mariti conſtante matrimonio uxor amovit, eas heredes mariti ab ea vindicant. *L. adverſus, C. de crim. expil. her.* Quo iure, niſi quia maritus prius earum ſolus dominus fuit, in quod ius heredes ſucceſſerunt? *L. cum heredes, D. de acq. her.* Ipſa adeo uxor, quæ ſua in dotem non dedit, quæ parapherna dicuntur, ea etiam conſtante matrimonio ita retinet, ut ipſa prohibente omnis in his poteſtas & adminiſtratio marito denegetur. *L. hac lege, C. de pact. conv.* Quæ certe omnis iuris communicationi, quam Modeſtinus nuptiis tribuit, convenire non videntur: cum in communicatione bonorum quæ fit inter ſocios, hoc accidat, ut omnis res, quæ coeuntium ſunt, continuo communicentur non ſecus, quam ſi ſpecialiter traditio interveniſſet, ut inter rerum ſocios fieri ſupra diximus. *L. 1. §. 1. L. 3. D. pro ſoc.* Sed ne his rebus adverſus ſuperius dictum Modeſtini moveamur, etiam inter coniuges hanc rerum communicationem intervenire reperiemus. Ac de mariti rebus prius videamus. Et quæ maritus habet, ea verſantur aut in dignitate & conditione perſonæ, aut in bonis externis.

IX. In conditione perſonæ hanc communicationem agnoſcere promptum eſt. Nam ſi qua eſt mariti dignitas, ſi qua prærogativa, eius ſtatim fit 5 uxor particeps, & quidem ipſo Iure. Utputa, fœminæ nuptæ clariſſimis viris, veluti ſenatori, clariſſimarum perſonarum numero habentur, eamque dignitatem non ſolum quandiu nuptæ ſunt clariſſimo, ſed ab eo ſeparatæ 6 retinent, quandiu alii inferioris dignitatis non nupſerint. *L. fœminæ, D. de ſenat.* Ipſum etiam domicilium & forum mariti fit ſtatim uxori commune. Quibus omnibus de rebus cum apertius & ſemel comprehenſum ſit conſtitutione quadam Valentiniani & Valentis, *L. mulieres, C. de dignitat. Libro 12.* verba hic adſcribam: *Mulieres*, inquit, *honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, & forum ex eorum perſona ſtatuimus, & domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum poſtea ſortitæ fuerint, priore dignitate privatæ, poſterioris mariti ſequuntur conditionem.* Hæc illi. De dignitate & prærogativa uxoris nihil ſimile legimus, quia aut mulieres ex ſeſe nullam habent, quam ideo in alios conferre non poſſunt; aut ſi quam prius habuerunt, inferioris conditionis marito nubentes 7 hanc amittunt, ut ſupra diximus. Niſi reginam aut principem aliquam fœminam proponas, cuius dignitas & amplitudo ab aliis non pendeat. Unde moribus noſtris maritos quanvis prius privatos reginæ matrimonio iunctos reges appellamus. Hæc dignitatis & conditionis communicatio non petitur ab uxore, quia fit ipſo iure: ut ſtulte petat uxor, quod non alieno facto & præſtatione, ſed ipſo iure ſtatim per cauſſam nuptiarum ſibi tributum habet.

X. De bonis externis utriuſque coniugis plus difficultatis. Sed tamen audeamus dicere etiam in his per nuptias ſtatim induci horum bonorum communionem, ſed quæ tamdiu duret, donec alterutrius voluntate revocetur. Mariti bona ſpectemus. Gordianus Imperator in *L. adverſus, C. de crim. exp. hered.* diſerte ſcribit uxorem ſuſcipi ſociam humanæ rei. Cuius rem intelligit? mariti videlicet, a quo uxor ſocia ſuſcipitur. Quid eſt autem res mariti? Bona, facultates, patrimonium mariti. *L. nam quod 14.* in fin. *L. cogi, 16.* in princ. *D. ad Trebell.* Ergo hoc dicit Gordianus, uxorem per nu-

ptias

5) *L. ult. C. de incol.* mariti radiis coruſcat *Nov. 105. C. 2. pr.* & privilegia etiam perſonalia illi communicantur *L. 6. ibi ubi una cum uxoribus C. de Profeſſ. & med.* Eadem illi reverentia quæ viro debetur *L. 1. C. de in ius voc.* & iniuria illi facta videtur facta marito *L. 2. C. de iniur. &c.* Vid A. Fab. 1. *Iuriſpr. 9. Pr. 2. ill. 22. & Pr. 3. ill.* 18. Cuiac. *Conſ.* 56. *p.* 142. Georg. Acac. Enenkel. *Lib. 2. de Privil. C. 4. n. 76. & ſeqq.*

6) *D. L. ult. C. de incol. Nov. 22. C. 36. leg. filii 22. §. vidua 1. D. ad Municip.* Quandiu enim vidua manet durare idem matrimonium intelligitur *L. ult. Cod. de bon. mat.* A. Fab. *d. Tit. 9. Pr. 3. ill.* 19. vid. Tiraq. *de Nobil. C. 18. n. 9.* P. Greg. 4. *Synt. 4 n. 11. & ſeq.*

7) Unde nobilis plebeio nupta vulgaris conditionis efficitur, vid. Vand. 2. *Q. ultim.* Hinc Virginiam Auli filiam, quod patricia plebeio nupſiſſet, ſacris Pudicitiæ patriciæ matronæ arcuerunt, Liv. *Lib. 10. p. m.* 498.

ptias fieri ſociam bonorum mariti, id eſt participem, conſortem. Id autem non aliter contingit, quam tacita communicatione, ut fieri legimus in ſocietate rerum inter omnium bonorum ſocios. *L.* 1. §. 1. *L.* 2. *D. pro ſocio*. Et res ita habet, ut quandiu maritus non aperte refragetur, poſſit uxor mariti rebus [8] uti pro ſuis. Tantum ut communibus utatur pro communibus. Hoc enim ſolum exceptum video, ne quid dolo malo amoveat, ut ſuum privatum faciat. Quod tunc facere intelligitur, cum ſoluto matrimonio eadem apud ſe retinet. Idcirco & tunc ſolum eam legimus teneri rei vindicatione, & actione rerum amotarum. *d. L. adverſus*, *C. de crim. expil. her. L.* 1. *D. rer. am.* Adiiciam ſententiam Nervæ & Caſſii, qui ideo negabant uxorem ſoluto matrimonio teneri rerum amotarum, quia ſocietas vitæ quodammodo eam dominam faceret, quæ ratio exſtat in *d. L.* 1. *D. rer. amot.* Diſplicuit quidem hæc ratio ſoluto matrimonio, ut *ibidem* adiicitur; exiſtimantibus aliis, ut Sabino & Proculo, eam per id tempus furtum facere; furti autem actionem quæ turpis eſt, adverſus eam denegatam in honorem matrimonii, *d. L.* 1. & 2. *rer. amot.* Sed hoc ipſo, quod dicitur id ita eſſe ſoluto matrimonio, non obſcure confirmatur ſententia ſuperior Nervæ & Caſſii pro eo tempore quo matrimonium ſtabit.

XI. Quid uxoris bona etiam illa, quæ ſunt extra dotem, quæ parapherna appellari diximus, nonne in eamdem illam communionem veniunt, ut his uti poſſit maritus pro communibus, quandiu uxor non prohibeat? Sane vero ita venire ſatis aperte ſignificatur in *d. L. hac lege*, *C. de pact. conv.* cum ita cavetur, ne vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, ullam uxore prohibente habeat communionem, aut aliquam ei neceſſitatem imponat. Qui uxore prohibente, id eſt ſub conditione, ſi uxor prohibeat, hanc communionem denegat, is ſub contraria conditione eam communionem non obſcure ſtatuere intelligitur, ſi uxor aperte non prohibeat. Vis hæc eſt, & poteſtas adiectæ conditionis, ut declaratur in *L. quibus*, 40. §. 2. *D. de cond. & dem.* Ex his apparet, recte dicturos nos, nuptiis ipſis inſtitui inter coniuges rerum omnium communicationem; ſed hac conditione, ut tandiu maneat, quandiu videbitur utrique in ea manere: voluntate autem mutata liceat unicuique eorum non a communione corporum, ſed a communione rerum diſcedere ita, ut quod cuiuſquam ante nuptias fuerat, id cuique liceat ſibi habere, ſibi vindicare, & ab eius uſu prohibere alterum. Neque hoc quiſquam putet naturæ ſocietatis adverſari, ut ex eo nullam hic rerum communionem iure ſocietatis eſſe colligat. Id enim & in ſocietate rerum accidit, quæ vel unius ſocii voluntate, a ſocietate diſcedere volentis diſſolvitur. §. *manet*, *Inſt. de ſoc.*

XII. Sed utcumque aliis temporibus libera ſit coniugibus bonorum, quæ cuiuſque propria fuerunt, inter ſe communicatio: tunc certe non eſt libera, cum alteru-

8) A. Gentil. *Lib.* 2. *de Nupt. C.* 20. Omnia communia coniugum, uſu, non proprietate. Rectiſſime Duar. *de Nupt. C.* 1. his verbis: Salva honeſtate coniugii, nihil indiviſum inter coniuges, ſed promiſcuum rerum omnium uſum eſſe oportet, licet nulla ſit obligatio, qua alter alteri ad hanc communicationem obſtringatur. Prudenterque monet Plutar. *in Connub. Pracept. f. m* 146. ex coniugio voces *meum & non meum* omnino tolli debere, & *f.* 148. oportere contrahentium corpora, opes, amicos, familiareſque invicem confundi. Belle Columella *Lib.* 12. ref. Guib. *de Matrim C.* 1. *n.* 17. & Tiraq. *L. Connub.* 8. *n.* 8. *Nihil conſpiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina proprium eſſe iuris ſui diceret*. Quo reſpexit vetus Romuli Lex *teſte* Halic. *Lib.* 2. *f.* 95. *Mulier nupta, quæ ex ſacris legibus cum viro convenit, fortunarum & ſacrorum ſocia illi eſto, utque domus ille dominus ita & illa domina*. Hinc introducta in ædes mariti, & a pronubis tranſportata, pedibus enim limen contingere fas non erat, dicebat marito: Ubi enim Caius; ego Caia; id eſt, ubi tu dominus & paterfamilias; Ego domina & materfamilias, Plutar. *QQ. Rom* 30. Et deductæ claves tradebantur ut ſignificaretur, auctore Feſto, ei rerum omnium domeſticarum, quæ clavibus concludi ſolent, cura & cuſtodia, tota denique rei familiaris adminiſtratio committi. P. Victor. 2. *Antiq. Lect.* 2. Briſſ. *de Rit. nupt. p.* 328. Hot. *Diſp. feud. C.* 22. Atque eo ſenſu uxores dominæ dictæ *L.* 38. §. 4. *L.* 41. *pr. de leg.* 3. *L.* 19. §. 1. *de ann. leg. L. ult.* §. 1. *de auro & arg. leg.* Tiraq. *L. Connub.* 5. *n.* 11. & 2. *ſeqq.* non tam quod ſuæ heredes maritis futuræ, ut Forner. 1. *Select.* 11. Ræv. *ad L.* 30. *de R. I.* aut quod neuter corpus in ſua poteſtate habeat, iuxta Apoſtol. 1. *Corinth.* 7 v. 3 ut A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 23. quam quod condomina ſit uxor marito ratione uſus, ex vitæ ſocietate *L.* 1. *Rer. amot.* P. Greg. 1. *Synt.* 3. *n.* 3. qui vid. 9. *Synt.* 4. Mar. Lycklama 7. *Membran* 27. Cypræ. *de Sponſal. C.* 5. §. 3 & *de Matrim. C.* 8. *n.* 6. quodque, licet viro parere debeat, in familiam tamen illi imperium cum viro diviſum. Vera autem ſocietas & communio proprietatis bonorum utriuſque, nec Canonico, nec Civili iure inter coniuges *L.* 1. §. 15. *ad SC. Silan. L.* 8. *C. de pact. conv* *tit. C. Ne uxor pro marito, &c.* niſi aperte convenerit *L.* 16 § *ult. de alim. leg.* Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 6. & 15. Covar. *P.* 2. *C.* 7. §. 1. *n.* 5. Nec erat quoque ex ſuperiore Romuli lege, ſed diſpenſationem rerum familiarium uxori ea tribuebat. Marito enim mortuo, ut mox ſubiungit Halic. non dimidiam partem auferebat, ſed cum liberis in virilem portionem ſuccedebat, & ſi illi nulli, ex aſſe. Probanda vero huiuſmodi ſocietas (uti illa quæ bonorum proprietatem communicat, Gallis fera, Belgis, Hiſpaniſque recepta, improbanda vid. *ſupra C.* 16. *N.* 2.) conſtante matrimonio, ut tamen eo diſſoluto, quæ cuiuſque fuerunt, ad eum redeant; damnandique coniuges, qui cum ſibi invicem corpus, animum vitamque ſuam credere debeant, bona committere recuſant, maxime ad uxores. Quæ & ratio eſt fideiuſſoris dotium non recipiendi, *t. C. Ne fidei. dot.* Denique bonum eſt ut mulier, quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ſuas patiatur pro arbitrio gubernari, licet nullam ei neceſſitatem leges imponant *d. L.* 8. *C. de pact. convent.*

Digitized by Google

teruter ex his non habet, unde ſe alat. Hic inter eos nuptiis ſuſcipitur hæc obligatio, ut cui facultates ſuppetunt, alteri [9] egenti præſtet alimenta. Quæ iam alia non obſcura obligatio eſt, quæ nuptiis contrahatur. Et certe niſi id fit, neuter alterum habere poteſt convictus quotidiani ſocium, & vitæ conſortem. Nunc autem hæc vitæ conſuetudo individua nuptiis contrahitur. Unde & obligatio ea, quæ hunc convictum & conſuetudinem retinet. Sed id certius doceamus. Et de marito nulla dubitatio, ſi dotem accepit, quin uxorem alere, veſtire, omnia denique ad vivendum neceſſaria ei ſuppeditare debeat. Hæc enim matrimonii onera ſunt: ac pro his oneribus dos datur. *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* Idque ita fieri debere traditur in *L. ſi cum dotem*, 22. *ſin autem in noviſſimo*, in fin. *D. ſol. mat.* ſignificatur in *L. ubi* circa fin. *C. de iur. dot.* Quod ſi maritus dotem non accepit, tamen iſta eadem egenti uxori debet præſtare: proinde alimenta, quoniam ſuperiora alimentorum & victus verbo continentur. *L. 6. D. de alim. & cib. leg. L. verbo victus, D. de verb. ſignif.* Neque alia certior huius rei ratio reddi poteſt: quam quod maritus ſecum habere uxorem vult, cuius conſuetudine utatur, atque adeo habere iubetur, non [10] a ſe dimittere, ut ſupra oſtendimus. Non poteſt autem ita inopem habere, niſi alimenta ei, & victum ſuppeditet. Quinimmo & qui cum ea vivere iubetur, non ſolum prohibetur id ei denegare, ſed etiam vivendi cum ea conditionem quærere iubetur. *arg. in L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.* Id autem facit, qui vivendi cauſam uxori præſtabit; quod fiet eam alendo. Et ne huius ſententiæ argumenta deſint, licet hæc adiicere, quibus & noſtri utuntur, etſi dilutius. Nam ſic eſt uxor, ut ſit in officio mariti ad operas honeſtas ei præbendas? *L. ſicut*, 48. *D. de oper. libert.* Conſtat autem eos, qui aliis debitas operas præſtant, ab his quibus præſtant, ali debere, ſi ſe ipſi qui præſtant, alere non poſſint. *L. ſuo victu*, 18. *D. de oper. liber.* Adde, quod uxor mortua, ſi nulla dos ſit, nec alios habeat, quorum ſumptibus funeretur, puta patrem qui ſolvendo non ſit, aut heredes: iubetur a marito quatenus is facere poteſt, funerari: tantum ideo, quod defuncta uxor ſepultura honeſte carere non poteſt. *L. quod ſi nulla*, 28. *D. de reliq. & ſumptib. fun.* Quanto ergo magis vivæ & egenti alimenta a marito præſtanda ſunt, quibus illa omnino carere non poteſt? Atque hæc eadem Bartoli ſententia eſt, etſi parum eloquitur, ad *L. alimenta, C. de neg. geſt.* eadem Cyni ad eamdem legem; eadem Speculatoris *Tit. qui filii ſint legitimi*, verſ. *videamus, de alim.*

XIII. Hoc officium erga uxorem, cum coniunctio vitæ cum uxore ſuſcepta inducat, ut indicatur in *d. L. adverſus, C. de crim. expil. hered.* etiam vice mutua adverſus uxorem idem valebit, ut ſi mulier dotem forte conſtante matrimonio iuſtis de cauſſis receperit, quales pleræque ſunt (de quibus dicetur in dote) maritus autem egeat, debeat uxor ex fructibus dotis & ſe, & maritum, & liberos alere. *L. ubi*, circa fin. *C. de iur. dot.* Merito: nam & ipſa per nuptias eamdem ſocietatem, & iiſdem conditionibus cum marito ſuſcipit. Sed hoc, inquam, citra controverſiam, cum mulier dotem dedit, quam poſtea recipit. Quid ergo, ſi ponamus uxorem pauperem ab initio indotatam ad maritum veniſſe, bona autem eam poſtea, ex ſucceſſionibus propinquorum, aut legatis, & aliena liberalitate habere cœpiſſe, maritum ad inopiam redactum? Non dubitabimus ne hic quidem, quin uxor ex his bonis & ſe, & maritum, & liberos si omnibus alendis ſufficiant, alere debeat. Hoc enim & in uxore exigit ea ſocietas & coniunctio vitæ, quæ eam cum marito vivere iubens, vetat ab eo diſcedere. Nam ut in marito paulo ante dixi, quæ cum eo vivere iubetur, etiam conditionem & facultatem cum eo vivendi quærere iubetur. *arg. in L. capite*, in fin. 19. *D. de rit. nupt.* Quærere autem intelligitur, quæ facit, quod in ſe eſt, ut vitam mariti retineat: quod fit eum alendo.

XIV. Hæc inter coniuges eiuſmodi obligatio eſt, ut sive maritus locuples uxori inopi deneget alimenta, sive locuples uxor deneget egenti marito: uterque per magiſtratum cogi poſſit præſtare. Non diſſimiliter atque cogi poteſt parens præſtare

9) Vid. remiſſive *ſupra Lib.* 12. *Cap.* 4. *N.* 2. Omnia perſequi non licet.

10) Nec ex cauſſa non acceptæ dotis uxor ædibus extrudi poteſt *L. pen.* §. 1. *Cod de repud. Nov.* 22. *C.* 18. Nec obſtat *L. ult. C. ad SC. Vel.* ibi: & *ſic a viro forſitan repelli*. Reſp. Non enim permittit id Imperator, ſed loquitur de periculo, ne tali caſu diſtrahatur matrimonium, de facto ſcilicet, non de iure. Idemque ſenſus *C. per veſtras extra de don. int. vir.* vid. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 2. Beuſtius *C.* 66. Alb. Gentil. *Lib.* 6. *C.* 5. Fach. 3. *Contro.* 48. Diſſ. P. Greg. 9. *Synt.* 19. *n.* 3. Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *ſeqq.* *n.* 31. Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n* 5 *& ſeqq.* Herman. Meier. *Lib* 2. *de Preferent. credit. Tit.* 6. *n.* 8. Io. Bapt. Coſta *de Facti ſcientia, Diſtinct.* 32. *Cent.* 2. & quos refert Barthol. Muſculus *de ſucceſſ. convent. Cl.* 1. *Membr.* 2. *n.* 134.

Digitized by Google

ſtare egentibus liberis, quia hæc illis naturæ iure debeat; aut liberi parentibus pietatis iure. Itaque quam illis cogendorum ad hoc officium parentum & liberorum rationem eſſe diximus; eadem in eodem genere officii ad cogendum maritum aut uxorem intelligenda eſt. De ea diximus *Lib. ſuperioris Cap.* 4.

XV. Atque hæ ſunt inter virum & uxorem communes ac promiſcuæ præſtationes. Una eſt uxoris propria. Ea eſt, ut marito ſit ſubiecta, reverentiam ei exhibeat: *L. alia*, *§.* 1. *D. ſol. matr.* imperanti non inhoneſta ſe obſequentem præbeat: denique quod ante diximus, traditurque in *L. ſicut*, 48. *D. de oper. libert.* ut ſit in officio mariti, cuius matrimonio consenſit. Hanc [11] uxori a natura impoſitam eſſe perſonam, cum ipſa qualitas, ſeu confirmatio coniunctionis corporum, tum fragilitas ſexus, item onus procreandorum educandorumque liberorum facile declarant. Itaque quæ ſe talem, ideſt quæ ſe uxorem alicui eſſe vult, quod fit nuptiis, hoc ipſo ſatis per nuptias hanc obligationem in ſe ſuſcipere intelligitur. Sed hoc noſtri leviter, ac velut aliud agentes attigerunt. Nos autem ne quis hic ſit dubitationi locus, etiam hanc partem officii uxoris verbo Dei diligenter nec uno loco ſancitam eſſe cognoſcamus. De ea ſic Paulus Eph. *C.* 5. 21. *Uxores propriis viris ſubiectæ eſtote, ut Domino: Quoniam vir eſt caput uxoris, ut & Chriſtus eſt caput eccleſiæ: & is eſt, qui ſalutem dat corpori. Itaque ſicut Eccleſia ſubiecta eſt Chriſto, ita & uxores ſuis viris ſubiectæ ſunto in omnibus.* Idem repetens hoc præceptum *Col.* 3. 18. ita ſcribit; *uxores ſubiectæ eſtote propriis viris ut convenit in Domino.* Item & ad *Tit. C.* 2. 4. 5. his verbis: *ut anus ad ſapientiam inſtruant adoleſcentulas, ut maritos ſuos diligant, ut liberos amcut: ut temperantes ſint, puræ, domi manentes, bonæ, ſubiectæ ſuis viris, ne ſermo Dei blaſphemetur.* Petrus vero 1. *Pet. C.* 3. in pr. de eadem re hoc modo: *Similiter*, inquit, *uxores ſubiectæ ſint ſuis viris: ut etiam ſi qui non obediunt ſermoni, per uxorum converſationem abſque ſermone lucrifiant.* Et mox v. 4. *Ita enim olim & ſanctæ illæ mulieres ſperantes in Deo ornabant ſeſe, ſubiectæ ſuis viris. Sicut Sara obedivit Abrahæ, dominum eum vocans, cuius factæ eſtis filiæ, dum benefacitis, etiam quæ non terremini ullo pavore.* Etiam hanc ſubiectionem natura dictante Ethnici intellexerunt. Hinc enim eſt, quod Romani uxorem velit nolit, mariti domum ſequi, ibi [12] domicilium ubi maritus, ibi forum habere, ubi conveniri poſſit, voluerunt. *L. exigere*, *D. de iud. L. mulieres*, *C. de dignit. Lib.* 12.

XVI. Quid ſi uxor parum ſe obſequentem præbeat, aut per infirmitatem ſexus aliquid peccet? uſque eone poteſtas mariti in uxorem, quam ſubiectam volumus, producenda eſt, ut in eam ſæviendi, eamque verberandi ius habeat? Sed [13] nullam eiuſmodi poteſtatem maritis in uxores attributam iure civili legimus: atque adeo ne in tota ſcriptura quidem verbi Dei. Quinimmo licet ex hac proferre multos locos, ex quibus omnem hanc poteſtatem procul removeri intelligatur. Iubet

11) *C. eſt ordo* 12. *&* 3. *ſeqq. C. mulierem* 17. *C. mulier* 19. *Cauſ.* 33. *Quæſtion.* 5. De poteſtate maritali late Tiraq. *L. Connub.* 1. lege naturæ ſtatutum virorum imperium, & pleriſque gentibus obſervatum, pluribus & dictis & exemplis, ut ſolet, comprobans Iure vero Romanorum non eſt in poteſtate mariti uxor, ſed patris, *L.* 2. *§.* 1. *Sol. matrim. L.* 29. *§.* 1. *de Relig. & ſumt.* niſi quoad ὀικονομίαν & operas. Quo ex L. Iulia, quæ patri permittit coercitionem filiæ adulteræ, magis quam marito, arguit Teſſaur. *Deciſ.* 150. *n* 7. Quanquam videri poteſt, eam, quæ in manum convenit, exiiſſe e patris poteſtate, cum capite minui dicatur, Ulp. *Tit.* 11. *§.* 13. vid. Marc. Vertranius Maurus *de iure liberor. C.* 30. Utut ſit, iuri civili in eo conſuetudini generali derogatur, vid. *ſupra Lib.* 2 *C.* 26. *N.* 12. De poteſtate viri & imperio domeſtico vid. & Bodin. 1. *de Rep.* 3. Ant. de Guevara. *Lib.* 2. *Horolog. Princip. C.* 5. *&* 7. (ubi de probroſo viris fœminarum dominatu, nec ipſiſmet minus mulieribus dedecoroſo, Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 17. *& ſeq.*) Guaz. *de Civ. converſ. Lib.* 3. *p.* 435 *& ſeqq* Henning Arniſæ *Lib.* 1. *Polit. C.* 3. *p.* 76. *& ſeqq.* Sc. Gentil. 2. *de Don int. vir. C.* 19. Fopp. ab Æzema 2. *Diſſ.* 11. Cypræ. *de Sponſal. Cap.* 5 *§.* 12.

12) *L.* 19. *pr. de Iuriſd. L. ult. §.* 3. *D. ad Municip. L.* 1. *C. de mulier. & in quibus loc. Lib.* 10 vid. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 28. *& ſeqq.* ubi *n.* 33. idem eſſe ſi litigat cum viro, ſe defendendo, Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 8. *& ſeqq.* Ant. Guib *de Matrim. C.* 1. *n.* 25. Beuſt. *C.* 66. *f.* 223. *& ſeq.* Manſur. *p.* 323. Mozz. *de Matrim. Col.* 4. *n.* 7. A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 9. *pr.* 2. *Ill.* 17. Et tenetur uxor ſequi maritum vagabundum, quocunque, ſi talis fuit tempore contracti matrimonii & eſſe ſcivit, ut ſunt hiſtriones, circumforanei, vid. Tiraq. *L.* 1. *Connub. n* 39. Beuſt. *C.* 32 Farina. *Q. crimin.* 134. *n.* 257. *& ſeqq.* An & rebellem & exulem, vid. Alb. Gentil. *Lib.* 2. *C* 18. *in fin.* Sane ſi mutet domicilium omnino ſequi cogitur, Beuſt. *d. C.* 32. Covar. *P.* 2. *C.* 7. *n.* 7. non obſtante pacto, quo maritus cavit ſe non diſceſſurum a domicilio uxoris, vid. *ſupra Lib.* 12. *C.* 21. *N.* 2.

13) Guaz *de Civ. converſ. Lib.* 3. *p.* 456. Io. Caſ *Lib.* 1. *ſphara civ. C.* 1. *in fi.* Tiraq. *L. Connub.* 8. *n.* 10. *& ſeqq.* Moderata tamen caſtigatio maritis permiſſa, arg. *L.* 5. *§. ult. ad L. Aq.* Tiraq. *L.* 1. *Connub. n.* 22. *& ſeqq.* Martin. Coler. *Lib.* 1. *de Alim. C.* 10. *n.* 23. Quam & olim maritos exercuiſſe, & uxores ex peccatis ſuis pœnam luiſſe eorum arbitrio, Halic. *Lib.* 2. *f. m.* 95. Caſſiodor. *Lib.* 5. *Ep.* 32. Delatam querimoniam, pudori tuo conſulens, maritali diſtrictione redarguas, Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 1. Sed Tiraq. *L Connub.* 9. *n.* 1. *&* 2. licet non immoderata verbera LL. canoneſque permittant, multa tamen tolerari ſæpe, quæ vitio non carent. Quæ autem alia correctionum genera, quibus mulieres emendandæ, idem *d. L.* 9. *n.* 230. *&* 3. *ſeq.* Atrocius vero verberata & indignius habita non quidem iniuriarum famoſa, ſed verbis temperatis in factum, actionem habet, Tiraq. *d. L.* 1. *n.* 24. Covar *P.* 2. *C.* 7. *§.* 5. *n.* 2.

bet Paulus *Eph.* 5. uxores propriis viris ſubiectas eſſe: ſed idem continenter iubet, ut viri diligant uxores ſuas; neque id quovis amore, ſed ſicut Chriſtus dilexit Eccleſiam, & ſemetipſum expoſuit pro ea: id eſt [14] unice, ut ad eum amorem nihil deſit. Multum vero abeſt ab ea dilectione ſævitia omnis in uxorem, eiuſque pulſatio. Addit etiam paulo poſt, ita debere viros diligere uxores ſuas, ut ſua ipſorum corpora: & qui diligit uxorem, ſeipſum diligere. Et quis unquam niſi inſanus, corpus ſuum verberat? Immo addit *ibidem* Paulus, adeo nullum unquam ſuam ipſius carnem odio habuiſſe, ut potius contra eam nutriat & foveat. Idem ad *Coloſſ.* 3. ita præcipit: *Viri diligite uxores veſtras, & ne ſitis adverſus eas amarulenti*. Qui amarulentiam prohibet, multo magis ſævitiam & pulſationem corporis prohibet. Sed nihil illuſtrius in hanc ſententiam, quam quod de officio mariti præcipit Petrus Apoſtolus 1. *Pet.* 3. cum iubet viros una cum uxoribus verſari, ut ſcientes decet; & hoc interpretans ſubiicit, eos vaſi muliebri ut infirmiori tribuere debere non dicit veniam, ſed [15] honorem. Et ut a verbo Dei hic diſcedamus, quis ſocius aut frater ſibi ſumit hoc ius in ſocium & fratrem, ut ſi quid in eo diſplicet, illum verberet, & pulſet, & hanc eius corrigendi rationem ſibi arroget? Atqui uxor ſocia eſt mariti; etſi inferior & infirmior; ſocia tamen, & pro tali a marito ſuſcipitur, & quidem ea ſocietate quæ eſt omnium arctiſſima, ut in qua ſuſcipitur divinæ & humanæ domus, divini & humani iuris communicatio, ut oſtendimus. *L. adverſus, C. de crim. expil. hered. L.* 1. *D. de ritu nuptiar.* Abſit igitur hæc ſævitia & caſtigatio a marito.

XVII. Quid ergo fiat, ſi uxor ſe marito non ſubiiciat, ut verbum Dei præcipit, ſi ei adverſetur? Benevola admonitione, ſevera etiam, ſi opus eſt, flectere eam poteſt, & ad obſequium voluntarium inducere. Si admonita pergit, poteſt maritus illi denegare res ad vitam, cultum, & ornatum neceſſarias. Vetare ne ſervi aut famuli domus illi ſolita obſequia præſtent. Nam & ſic patrono deneganti alimenta liberto, debitæ operæ & quæ libertatis cauſſa impoſita erant, denegantur. *L. alimenta, D. de agnoſc. lib. L. ſuo*, 18. & duabus ſeqq. *D. de oper. libert.* Nec diſſimile quiddam adverſus uxores clericorum, quæ peccaverint, conſtituitur *in C. placuit*, 33. *Q.* 2. etſi aſperius paulo propter vincula, & domeſticam cuſtodiam, quæ illic permittitur. Denique tentabit omnia maritus pius, & intelligens, qualem ſupra maritum eſſe debere ex Petri præcepto retulimus, priuſquam veniat ad verbera. Quæ ſi exciderint, tamen ſciat neque ea eum decere, neque pro poteſtate illi concedi. Poſtremo ſi quid hic expediat, quærimus, meminerint omnes, ſi quæ contigerit pervicax uxor, verberibus & pugnis non flecti tale ingenium, ſed [16] irritari; ut quo plura & acerbiora maritus in uxorem ſæviet, eo deterius in ſe & uxorem conſulat.

XVIII. Nihil adverſus hæc facit quod in *C. duo iſta*, 23. *Q.* 4. marito tribuitur, ut regat uxorem ſuam. Nam & ibidem inter alios multos tribuitur ſimiliter Epiſcopo, ut regat plebem ſuam. Scimus autem his verbis non illi tribui, ut qui ex plebe delinquent, eos pulſet aut verberet. Denique omnibus, qui aliquos ſuæ diſciplinæ & gubernationi ſubiectos habent, nominatim hoc illic tribuitur, ut regant quidem, ſed addito hoc temperamento, ut regant ſicut cuique regenti apta & accommodata eſt diſciplina. Effectum eſt autem non convenire maritis hanc diſciplinam, ut uxores verberibus afficiant. Et

14) Vid. Guaz. *de Civ. converſat. Lib.* 3. *p.* 424. Zoanet. *Defenſ. tripart. P.* 1. *a.* 65. *& ſeqq.* Amor uxorius an paterno, in liberos, maior, an cedere illi debeat, vid. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. n.* 12.

15) Mulier non ex capite viri produit, ne heræ ſibi partes arroget, nec ex pede ne ſerva plane videatur, ſed ex coſta, ut lateri adhærens ſocia ſit marito. *Gl. in C. ult. v. coſta* 33 *Q.* 5. Beuſt. *Cap.* 1. *in fin.* Guaz. *de Civ. converſ. Lib.* 3. *p.* 431. Plutar. *in Conaub. præcept. f.* 146. *Sicuti cum ſumuntur duæ conſonæ voces cantus graviori adſcribitur, ita in familia res geruntur conſenſu coniugum, viri tamen imperium vel conſilium eluceat*, & paulo poſt *f.* 148. *Imperare maritus mulieri debet, non ut dominus rei poſſeſſæ, ſed ut animus corpori. Lætum eſſe debet & officioſum eius imperium.* Addit ſcite Guaz. *d. Lib.* 3. *p.* 431. *& ſeq.* Unde philoſophus 1. *Polit.* 8. (*aliis* 12.) imperii domeſtici genera ſecernens, ut paternam gubernationem regio principatui, ita nuptialem civili magiſtratus auctoritati comparat. Io. Caſ. *Li.* 1. *Sph. Civ. C.* 8.

16) Varro *apud* Agel. 1. *Noct.* 17. *Vitium uxoris aut tollendum aut ferendum. Qui tollit, uxorem commodiorem præſtat, qui fert ſe meliorem facit*; Sed hæc facilius dici quam ad uſum, ſi opus eſt, transferri poſſunt, ait Beuſtius *de Matr. Cap.* 9. Quanquam cum Agellius tollere pro corrigere dictum teſtetur, ſint, qui Varronem verbis illis *aut tollendum*, caſtigationem, quæ fit manu aut verberibus, ſignificaſſe, volunt. Henning. Arniſæ. *Lib.* 1. *Polit. C.* 3. *pag.* 84. qui prius omnibus tentatis, verbera concedenda putat, ſi petulantia verbis retundi nequeat, quod extremo malo extremis occurrendum ſit remediis. Sed raro proſpere cedet hoc remedium. Tutiſſimum eſt initiis occurrere, & in quærenda vitæ conſorte fatigare primum precibus, ſupremum coniugii authorem. *Uxor enim prudens a domino*. Proverb. 19. *v.* 4. *Et pars bona mulier bona in parte bona timentium Deum Syrac.* 26. *v.* 3. Deinde ante omnia in mores inquirere, nec cæco animi impetu ferri, aut oculis corporis, digitiſve ſolis uti. Sed oculos animi potiſſimum circumferre, ut ſi virtutum omnium dotibus cumulata, quæ corvis rarior albis, haberi nequeat, ſaltem quæ minoribus urgetur vitiis, ſeligatur: ſed de his melius alii. Satis iam, pro inſtituto quidem præſenti, verborum nuptorum, innubus dum hæc ſcribo, feci.

Et vero id non convenire ingenuis diſerte ſcriptum eſt in *L. conſenſu*, §. 1. in fin. *C. de repud.* Sane Iuſtinianus cauſſas ſex graves excepit, ex quibus vellet eſſe impune, ſi maritus uxorem flagellis aut fuſtibus cæciderit. *Novel. ut liceat matr. & aviæ* 117. *§. ſi quis autem*. eaſdem illas, quas prius complexus erat *ead. Nov. §. qui vero plurimas*. Et ex quibus etiam marito uxorem repudiare permiſerat. Sed vel hæc ipſa conſtitutio confirmat extra has cauſſas id ius eſſe, quod ſupra diximus. Verum eſt enim, quod traditur in *L. quæſitum*, 12. §. *idem domo inſtructa*, *D. de inſtitut. inſtrum. legat.* eum qui hæc excepit, non poſſe de cæteris rebus, quæ in his non eſſent, non videri ſenſiſſe.

C A P. XXII.

Legitimas conventiones, quæ ſolo conſenſu pariant obligationem, tres eſſe has: Conſtitutum, Contractum emphyteuticum, Pactum donationis cauſſa interpoſitum. Quid horum unumquodque. Quæ ex his obligatio.

Tranſitio. Contractus legitimi, *qui & ipſi nudo conſenſu perficiuntur, tres*. I.
1. *Conſtitutum. Hoc quale ſit, explicatur*. II.
Quæ obligationis conſtituti *vis & effectus peculiaris*. III.
2. *Contractus emphyteuticus. Hunc ſolo conſenſu perfici quatenus oſtendatur*. IV.
Contrariis occurritur. V.
De mutuis emphyteutæ & domini præſtationibus quo loco tractaverit auctor. VI.
3. *Donationis pactum. Legitimum donationis pactum quod ſit*. VII.
Donatio in futurum concepta non eſt legitima; & quare. VIII.

I. Atque hæc hactenus non ſolum de nuptiis certa ſocietatis ſpecie, ſed etiam de contractibus omnibus iuris gentium, qui ſolo conſenſu perficiuntur, ſimul & de vi atque obligatione eorum, quæ quidem natura & poteſtate iudicii contineatur ſine aperta conventione: in quibus ſunt hi Emptio venditio, Locatio conductio, Mandatum, Societas. Dixi ſupra *Lib.* 12. *Cap.* 10. & legitimas conventiones quaſdam eſſe, quæ ſolo conſenſu idem valeant [1] Conſtitutum, Contractum emphyteuticum, Pactum donationis cauſſa interpoſitum. De quibus iam & ipſis, ut & de earum propria obligatione breviter cognoſcamus.

II. De conſtituta pecunia obligatio eſt edicto prætoris conſtituta ex hac cauſſa, ſi pecuniam quis conſtituerit, ut eſt in edicto. *L.* 1. §. 1. *D. de pecun. conſtit.* Ut autem Iuſtinianus hæc interpretatur, ſi quis quid ſoluturum ſe conſtituerit, §. *de conſtituta, Inſtitut. de actionib.* ſi quis conſtituerit, inquam: nempe nudo pacto & conventione. Non quod ſi quis ſtipulanti promiſerit ſe ſoluturum non magis obligetur: ſed quia obligatur iure civili, ut non deſideret ſtipulator prætoriam actionem. *d. §. de conſtituta*. Is conſtituit ſe ſoluturum, qui conſtituit ſoluturum ſe, quod prius debebatur. Non eſt enim ſolutio, niſi rei debitæ ſolutio. *Inſt. quib mod. tol. obl.* in pr. Ideo & prætor edicto hoc expreſſit, atque ita de conſtituta actionem propoſuit, ſi quis debitum, ſeu debitam pecuniam conſtituerit, & quidem quæ tum debita fuerit, cum conſtitueretur. *L. item*, §. 1. *L.* 1. §. *pen. D. de pec. conſt.* Sed dum ſit debitum quod conſtituitur, nihil amplius edictum exigit. Idcirco nihil intereſt, quale ſit debitum, utrum eiuſmodi, quod quavis ex cauſſa iure civili aut prætorio peti poſſit, an vero quod natura tantum debeatur, *L.* 1. §. *pen. & ult. L.* 2. *L.* 3. in pr. & §. 1. *D. de pec. conſt.* Hac ipſa de cauſſa nihil putatur intereſſe, a quo ſit debitum: utrum ab eo qui conſtituit ſe ſoluturum, an ab alio. Fac debito-

1) Quod & contractum eſſe ac quidem nominatum ſentit Vacon. 5. *Declar.* 67. *n.* 2. Sed verius eſſe pactum legitimum quidem prætorium, non autem contractum, cum nec ſua vi actionem producat, ſed prætoria ope, Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 2. *n* 2. nec ex contractu vero & puro poteſt naſci obligatio conditionalis, cuiuſmodi hanc Donellus noſter contendit. Conſtituere autem inter alia ſignificat quod minus firmum eſt ſtabilire, Cic. 1. *Off.* Id fit in conſtituto, cum quod minus firmiter prius debebatur aut parum tuto, id nova pactione firmamus, dum promittimus id nos ſoluturos. Don. *ad* §. 9. *I. de act. n.* 8. Græci *καταλάζασθαι* vocant Tiraq. *de Iur. conſt. poſſ. P.* 1. *n.* 1. Duar. *h. t. C.* 1. *in fin.* Vide de conſtituto Duar. *ad Oldend. Cl.* 4. *lit. g.* Vital. 2. *Var. Lect.* 23. A. Fab. 15. *Conject.* 4. *& ſeq.*

bitorem ipſum iterum conſtituere ſe ſoluturum. Nemo dubitat, quin obligetur ex edicto; quia & conſtituit debitum, & conſtituit ipſe, qui debuit. Non minus & hic obligabitur, quia debitum conſtituit, etſi debitum non a ſe, ſed ab alio. Utputa: conſtituit quis ſe ſoluturum ei ipſi, cui prius debebatur. Huic obligabitur ſine dubio, quia conſtituit debitum, & quod ei cui conſtituit, debebatur. Sed hoc amplius dicimus, etſi quis conſtituat ſe ſoluturum alii, quam cui debebatur, dum modo id quod creditori debebatur, nihilominus eum de conſtituta pecunia obligari, Horum utrumque ita traditur in *L. eum qui, §. quod exigimus, D. de pec. conſt.* Et adiicitur ratio ex verbis edicti ſumpta, quam ante indicavi, *quia quod exigimus, ut ſit debitum, quod conſtituitur, in rem exactum ſit*, ideſt generaliter, & ſine ulla diſtinctione debiti. Pollicetur enim prætor ſe actionem daturum, ſi quis conſtituerit pecuniam debitam, neque adiicit quo iure, aut a quo, aut cui debitam. Hoc iuris noſtri auctores dicunt ſcribi aut concipi in rem; ubi ſcilicet verba ſunt ſimpliciter de re ſine ullius modi, aut perſonæ deſignatione, ad quem res contrahatur. Sic in *L. iuris gentium, §. pactorum, D. de pact. L. metum, 9. §. ult. D. quod met. cauſ.*

III. Iam conſtituti obligatio obſervanda eſt. In qua cætera ſunt cum aliis conventionibus communia, de quibus poſtea. Illud ſingulare & hoc loco animadvertendum, quod ex cæteris conventionibus, quæ valeant ad agendum, ſi puræ ſint, ſtatim naſcitur actio. *L. in omnibus obligationibus, D. de reg. iur. §. omnis, Inſt. de verb. obl.* neque id ſolum; ſed & actio ſemel nata durat, quanvis in eo quod debetur accipiendo creditor moram fecerit: *L. illud, D. de per. & comm. rei vend.* ex hac autem conventione sic obligatio eſt, ut si per creditorem factum sit, quominus quod conſtitutum eſt acciperet, debitor non teneatur. Sic enim verba ſunt edicti, ut prætor polliceatur ex conſtituto actionem, *ſi appareat eum qui conſtituit, neque ſolviſſe, neque feciſſe, quod conſtitutum eſt, neque per actorem ſtetiſſe, quominus id fieret.* L. si duo 16. §. 1. *D. de pec. conſt.* Qua conditione utique hoc ſignificatur, eum qui pecuniam recte conſtituit, non teneri tunc, cum per actorem ſtetit, quominus ei ſolveretur, id eſt cum in eo quod offerebatur, accipiendo moram fecerit; quod fit, cum id recte & ſua die oblatum ſine iuſta cauſſa accipere recuſavit. *L. qui decem, 72. D. de ſol.* Hac igitur mora interpoſita ab actore pecuniæ conſtitutæ, nulla illi actio eſt de conſtituta: & ut Ulpianus loquitur in *d. L. ſi duo*, §. 1. de pecun. conſt. *ſi non ſtetit per actorem, tenet actio.* Quod hanc ſignificationem habet, ut ſi ſtet per eum, non teneat actio. Vis hæc eſt conditionis, ut deficiens omnia in contrarium mutet. *L. quibus, 40. §. quidam Titio, D. de cond. & dem.* Non tenet actio, id eſt non tenet conſtituentem, ſeu nulla eſt adverſus eum actio. Hic, inquam ius ſingulare & diligenter notandum. Alterutrum enim neceſſe eſt, ut aut ex conventione conſtituti, quanvis verbis contrahentium pura ſit, non det prætor ſtatim actionem, ſed ipſe adiiciat de ſuo hanc conditionem; aut ſtatim quidem det actionem ab initio, ſed velit conſtituentem liberari poſtea, si per creditorem ſteterit, quominus acciperet. Utrum horum ſenſiſſe prætorem dixerimus, ius certe novum ab illo hic conſtitutum eſt, & propria natura conſtituti obligationi edicto attributa, præter regulas cæterarum conventionum atque contractuum, ut oſtendi. Tantum hic videndum, utrum horum ex verbis edicti accipere debeamus. Et omnino poſterius non debemus. Eſt enim non ſolum contra ius civile, ſed etiam per ſe iniquum. Iure quidem civili nemo creditor quia aliquando recuſat accipere, quod offertur, ideo debitum amittit, quandiu res debita exſtabit. *L. illud, D. de per. & com rei vend.* Et vero aperte iniquum eſſet amittere: cum ſit in poteſtate cuiuſque de re ſua ſtatuere ut vult: eoque & accipere quod offertur, aut non accipere. *L. in re mandata, C. mand.* Relinquitur igitur prius, quod caret iniuria, quodque verba conditionis edicti magis ſignificant, ut prætor vere intelligatur dare actionem de conſtituta ſub hac conditione, ſi appareat per actorem non ſteti ſſe, quominus & fieret, & ſolveretur, quod conſtitutum eſt, non ante. Sed tamen & hoc ipſum eſt contra formam iuris in reliquis conventionibus. Quod enim ex aliis cauſſis pure promiſſum eſt, ſtatim debetur & peti poteſt. Quod in diem, tunc cum dies venerit. *§. omnis, Inſt. de verb. obl.* Hic autem prætor ex pura conventione pecuniæ conſtitutæ, non dat actionem niſi ſub conditione. Sed non eſt iniurioſum in pecunia conſtituta, nec caret factum manifeſta ratione. Cogitare enim debemus nullam hic iniuriam futuram fuiſſe, etſi ex conſtituto prætor actionem omnino non daret.

daret. Hoc enim & ius civile efficiebat, quo placet ex pacto nudo actionem non naſci. *L. legem, Cod. de pact.* Multo igitur minus iniuria fit ei, cui conſtituta eſt pecunia, ſi ei prætor det actionem ad certum modum. Et ſane cum in hac actione danda verſetur beneficium prætoris, fuit eius modum beneficio ſuo præſtituere, qui & dedit. Cur autem viſum ſit ei in hac re modum ſtatuere, atque hunc modum, non difficile eſt intelligere. Dedit enim, ut dixi, hanc actionem adverſus regulas Iuris, atque hactenus conſtituentem oneravit. Non abs re fuit, in qua actione conſtituentem onerabat: eam ita proponere, ut quam minimum ſine iniuria creditoris fieri poteſt, debitorem oneraret. Quod ita fit, ſi placeret non teneri conſtituentem ne nunc quidem, cum adhuc res exſtat, ſi modo aliquid obiici poſſet actori, quominus rem oblatam ſuo tempore accepiſſet.

IV. Contractus [a] emphyteuticus eſt, cum a domino ager datur alicui in perpetuum aut ad longum tempus fruendus certa penſione in ſingulos annos conſtituta ea lege, ut quandiu penſio ſolvetur, agrum auferre non liceat, neque ei qui accepit, neque iis qui in locum eius ſucceſſerunt. *§. adeo, Inſtit. de loc. & cond. L.* 1. & toto *Tit. D. ſi ag. vect. vel emphyt. pet.* Dixi de hoc iure *ſupra Lib.* 9. *Cap.* 13. Tantum hic notandum etiam contractum hunc conſenſu perfici; ut quod modo dixi, contractum hunc eſſe, cum fundus traditur ſupra ſcripta lege; ut verba ſunt in *d. §. adeo, de loc. & cond.* sic accipi debeat; ut non neceſſe ſit ita tradi, ſed ſufficiat & de eo iſta lege tradendo convenire. Id non ſatis liquet ex conſtitutione Zenonis, quæ de hoc contractu eſt in *L.* 1. *C. de iur. emph.* Iubet enim iuſtum hunc eſſe validumque contractum, & quæ in eo placuerint, omnia debere cuſtodiri. Sed poteſt dubitari qualis sit contractus, iſne, qui peragatur conſenſu ſolo, an qui & traditionem agri ante deſideret. Et ſi quæritur, utrum ex his, videri poſſit traditionem deſiderare potius, cum ita ſcriptum ſit, ut dixi, in *§. adeo, de locat.* exſiſtere hunc contractum, cum prædia perpetuo quibuſdam fruenda traduntur. Ne ergo hic hæſitetur, certius aliquid afferendum eſt. Id vero eſt huiuſmodi. Non dubitarunt veteres, quin hic contractus eſſet emptio & venditio, aut locatio & conductio. Utrum eſſet, non conveniebat inter eos. Hoc conveniebat, utrunvis horum eſſet, ſaltem eſſe alterutrum. *d. §. adeo, de loc. & cond.* At utrum horum eſſet, hoc efficiebatur contractum ſolo conſenſu perfici. Nam & emptio, & conductio pariter conſenſu conſtant. Non mutavit hoc ius Zeno conſtitutione ſua, ſed confirmavit. *d. L.* 1. *C. de iur. emphyt.* naturam enim & ius prius huius contractus non minuit, ſed auxit. Quare etiam veterem naturam, quæ plenior eſſet ad pariendum obligationem, manere voluit.

V. Quid tamen, quod diximus in hoc contractu de his, de quibus convenit, ſcripturam deſiderari ex *d. L.* 1. *C. de iur. emph. ſupra lib.* 9. *C.* 13. An non ea res facit, ut non videatur hic contractus ſolo conſenſu perfici? Minime. Res enim diverſæ ſunt, & quæ inter ſe nihil commune habent, contractus, & fides rei in contractu geſtæ. Ad contractum pertinet conſenſus, ad fidem & probationem rei geſtæ, ſcriptura. Quare ut maxime hic adhibeatur ſcriptura, atque adeo exigatur: non eo tamen minus ſemper verum ſit, eam non ad contractum perficiendum, qui ſine probatione eſſe poteſt, ſed ad eum declarandum & probandum adhiberi. Scimus autem longe aliud eſſe rem aliquam, & id quo ea res declaratur & probatur. Sed ſi hic ad nullam aliam rem ſcriptura eſt utilis quam ad probationem, cur exigitur tanquam neceſſaria, cum aliis modis res probari poſſit, puta teſtibus? Et ſiquidem aliis modis poſſet facile probari, fatendum eſſet non eſſe neceſſariam. Sed aliæ cauſſæ has probationes admittunt. Hunc contractum viſum eſt non facile fidem reperire poſſe ſine ſcriptura. Protrahitur enim translatio agri vectigalis in longum tempus, & ſingulorum annorum ſuæ ſunt præſtationes & variæ. Unde facile fiat, ut & earum memoria excidat tempore, & domini res ſuas amittant, niſi quæ convenerint diligenter ſcripto ſint comprehenſa.

VI.

a) Quem civilem eſſe Valaſc. *Iur. Emph. Quæſt.* 3. & quos laudat Treut. *Vol.* 1. *Diſput.* 29. *Th.* 9. *lit. B. & Gœd. ad L.* 27. *de V. S. n.* 19. eius formam primum a Zenone proditam. Sed & A. Fab. ante eum nomen incognitum fuiſſe, quod refelli *ſupra Lib.* 9. *Cap.* 13. *N.* 4. Verius autem qui eum iuri gentium adſcribunt, ad quod eadem ratione uti licet, qua Donellus hic probat conſenſu illum perfici. Et Zeno non novam fecit ſpeciem, ſed eam quæ erat detexit, ſicuti grana ex ſpicis excutiens, ait Claud. David. *Velit. legali ad §. ius autem gent. I. de I. N. G. & Civ. n.* 5. vocans contractum hunc Sybilla Cumana antiquiorem ex *Gen.* 47. *v.* 24. *& ſeqq.* Ioſeph. *Lib.* 2. *Antiq. Iudaic. C.* 4. vid. & Coraſ. *ad Rub. C. de I. Emph. n.* 8. *&* 1. *Miſc.* 21. Bron. 1. *Aſſ.* 79.

VI. Habet & contractus ſuam obligationem : cuius præſtationes conſtent & ipſæ partim conventione, partim natura. Conventio hic omnis, ut in reliquis contractibus ſervanda. *L. 1. C. de iur. emphyt.* Ad naturam huius contractus pertinent omnia, quæ ſine conventione emphyteuta domino, & viciſſim dominus emphyteutæ præſtare debet. De quibus ut ad ius emphyteuticum pertinentibus cum diligenter ſcripſerim in eo iure explicando *ſupra Lib.* 9. *Cap.* 14. inde peti iubebo.

VII. Pactum [3] donationis nullam hic habet propriam obligationem, quæ ex natura aliqua & poteſtate privatim huic conventioni attributa deſcendat. Unica hic conventio totum facit: ac de vi conventionis omnis poſtea in commune dicetur. Tantum videndum diligentius, quod pactum hic dicamus lege Iuſtiniani confirmari. Quod quia attigi tantum leviter ſupra *libri ſuperioris Cap.* 10. nunc pluribus exponam. Ergo non ex quovis pacto donationis cauſſa interpoſito Iuſtinianus actionem dedit, ſed ex eo ſi quis diceret ſe donare aliquid in præſentia, verbis in præſens conceptis, hoc modo: Dono tibi centum aureos; dono illum fundum; dono uſumfructum illius fundi; dono reditum tantæ ſummæ. Unde illa, ſi quis donaverit; ſi donationem faciat, feceritve; ut donator tradat res donatas, tradat quod donaverit. Quæ verba ſunt *L. ſi quis argentum*, & *§. aliæ, de donat.*

VIII. Ex quo intelligere debemus, ſi verbis in [4] futurum conceptis promiſerit quis nuda pollicitatione ſe quid donaturum alii, ſeu daturum ſe donationis cauſſa, eum pacto non obligari. Semper enim in legibus novis hoc tenendum eſt, quidquid lege nova ſpecialiter expreſſum non eſt, id veterum legum conſtitutionumque regulis relictum intelligi. *L. præcipimus* in fin. *C. de appell.* At vetus iuris certi regula eſt ex pacto nudo actionem non naſci. *L. legem*, *C. de pact.* Neque hoc ius ſpecialiter immutatur a Iuſtiniano in pacto donationis, niſi quatenus verba pactionis in præſentem donationem concipiuntur. Quare ubi in futuram donationem concipientur, ius antiquum eſſe oportet. Et vero cur pactum donationis futuræ cauſſa interpoſitum valeat potius, quam ubi ex alia iuſta cauſſa pacto nudo quid promittatur? Cur ergo in pacto præſentis donationis non idem ſervatur? Differentiæ rationem apparet Iuſtiniano hanc viſam eſſe, quod cum ita dico, dono tibi illud, aut illud, verbis in præſens conceptis, perinde id habendum putaverit, quaſi tradidiſſem. Nam quibus aliis verbis uterer in re tradenda, quam his ipſis, dono tibi hoc aut illud? quod non idem dici poteſt, ubi quid in futurum promittitur. Non eſt ergo iſtorum pactorum eadem ratio. Et ut quis diceret eamdem eſſe in hoc poſteriore, non ideo tamen conſtitutio Iuſtiniani producenda eſt ad conſequentias, cum ſit contra rationem iuris. *L. quod vero, D. de legib.*

HUGO-

3) Eſt & hoc pactum legitimum, non vero contractus, cum cauſſam commercii non habeat, Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 1. *n.* 39. Unde petitur res donata condictione ex lege *Nov.* 162 *C.* 1. §. 1. *in fin.* Nec *L.* 22. *de donat.* quidquam ad rem facit. Nam utique iure Pandectarum certum fuit pactum donationis, ſtipulatione non firmatum, actionem non produxiſſe. Vid. Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 11. *n.* 17. Hopper. *Lib.* 4. *ωιϑανῶν pag* 133. Baldwin. *ad pr. l. de don. n.* 2. *&* 3. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I.* Giſan. *ad Rub. D. de don. n.* 18. *& ſeqq. & ad L.* 22. *d. t. n.* 5. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. Diſſ. *DD. vulgo* Gomez. 2. *Reſol.* 4. Tiraq. *poſt LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 48. Olim vero non ex nudo conſenſu valebat, ſed aut traditione aut ſtipulatione firmata donatio *L.* 23 *de don. int. vir.* Quoties igitur in D. legitur facta per epiſtolam; toties per traditionem facta A. Fab 15. *Err. Prag.* 10. Inter parentes tamen & liberos contendit, Hot. *ad L.* 6. *C. ſi alien. res pign.* donationem ſine traditione ratam eſſe voluiſſe D. Pium *ex* 4. *Sent.* Pauli 1. §. 11. & per *L.* 4. 5. *&* 7. Theodoſii *de don. Lib.* 8. *Tit.* 12. quæ in hanc rem ſatis claræ. add. Cuiac. 20. *Obſ.* 2. Nec tamen recte, ideo Hotoman. *d. L.* 6. accipit de donatione, quam traditio non ſecuta. Quia id verba illius, *titulo donationis tranſlatum* non patiuntur. Licet enim donatio illa valeret ſine traditione & mancipatione ſolemnibus, non tamen dominium ante, ex iuris ratione, tranſire potuit, ſicuti nec hodie transfertur, ſed tantum obligatio. *Nov.* 162. C. 1. ut ipſe Hot. 4. *Obſ.* 25.

4) Per verba dabo, donabo, &c. vid Parlador 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 9. Nec etiam hodie perfecta eſt, niſi, cui donatur, eam gratam ac ratam habuerit, præterquam in caſu ſingulari favore Eccleſiæ. Cuiac. *Conſ.* 43. Num vero ſi præſenti fiat, & tacenti ſilentio acceptari cenſeatur, vid. Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 62. *n.* 12. *& ſeq.*

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUSQUARTUS.

De contractibus qui re fiunt, deque ſingulorum tum natura, tum obligatione propria pro natura cuiuſque.

CAPUT I.

Mutuum quid ſit, & quæ obligatione hinc nata contineantur. Nomen quam conveniens rei, & eius notatio.

Tranſitio & methodus. I.
Duplex ſignificatio mutui. Eius definitio. II.
Definitionis partitio. III.
Partitionis explicatio. IV.
Ex mutui natura eſſe ut dominium transferat, & tantundem reddi petat. Hoc quam vim habeat. V.
Notatio verbi mutui *atque etymon.* VI.
Plura de mutuo quæri ſolere; & illa quo e loco petenda. VII.

I. Contractibus cognitis iis, qui ſolo conſenſu conſtant, de quibus ut & de earum obligatione propria, ſuperiore libro dictum eſt. Tranſeamus ad eos qui re fieri dicuntur, quibus in diviſione contractuum a nobis inſtituta ſecundum locum dedimus. In his, ii qui certam appellationem habent, primum locum obtinent, & recto ordine prioribus ſubiiciuntur, utpote illuſtriores cæteris ſequentibus, & qui ad priorum naturam propius accedunt. Hi ſex ſunt, ut diximus *Lib.* 12. *Cap.* 13. Mutuum, Commodatum, Depoſitum, Pignus, Dos, Donatio propter nuptias. Quorum de prioribus quatuor comprehenſum eſt *Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* Duo poſteriores a compoſitoribus iuris reiecti ſunt in tractatum de nuptiis tanquam res nuptiis adiunctæ. Sed ſi obligationem de his reddendis ſpectamus, & cauſſam eius obligationis quærimus, reperiemus omnino & obligationem & cauſſam ad hoc genus referri, præter certum nomen quod & ſi contractus cum ſuperioribus habent commune. De his ergo hoc loco, atque iſto ordine deinceps dicemus. Id quærentes quod eſt propoſitum, quid ſit horum unumquodque, & ex his pro natura cuiuſque quæ obligationes & præſtationes.

II. Mutuum & pro re mutuo data accipitur, ut cum dicimus mutuum dari. *L.* 2. in pr. *D. ſi cert. pet. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr. & pro contractu ipſo mutui, ut cum dicimus mutuum contrahi. Nos cum Iuſtiniano definitionem ad rem mutuam conferemus, inde contractum ipſum facile intellecturi. Eſt igitur mutuum res, quæ uſu conſumitur, utenda data ita, ut accipientis fiat, ac quandoque repoſcenti creditori reddatur tantumdem. Definitio tradita non ſane iiſdem verbis, ſed ſententia eadem in *d. Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in princ.

III. Ea nos admonet tria eſſe ſumma, quæ mutuum conſtituant. Rem quæ datur, tanquam materiam in qua verſetur mutuum: Rei huius traditionem, tanquam formam rei gerendæ, aut ſi quis malit tan-

tanquam cauſſam efficientem; & Finem dandi huius contractus proprium.

IV. Res ſunt, omnes quæ uſu conſumuntur, quæ item a noſtris dicuntur pondere, numero, aut menſura conſtare. *d. Tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl. L.* 2. §. 1. *D. ſi cert. pet.* Cuius generis res quæ ſint, traditur in *Inſt. ibidem*. Cur his rebus dicantur conſtare, expoſui ad *d. L.* 2. §. 1. *ſi cert. petat.* Enimvero cur in mutuo huiuſmodi res exigimus? Quia mutui natura eogit: quæ hæc eſt, ut hæ res utendæ dentur, & ſimul fiant accipientis. Quam ob rem mox dicetur. Supervacuum autem ſit exigere dominii tranſlationem in his rebus, quæ ſic dantur utendæ, ut uſu non conſumantur. Res inventas traditio ſequi debet, qua res dentur. Ut intelligamus, niſi res proficiſcatur, non eſſe mutuum: atque hinc eſſe, quod dicatur mutuum re contrahi, ubi ſcilicet res tradita initium obligationi præbet. *d. tit. quib. mod. re contr. obl.* Finis dandi tria continet. Primum ut res detur utenda, ac poſt uſum reddatur; ſine quo aut donatio ſit, aut venditio, & ſi quid eſt ſimile. Secundum, ut ſic detur utenda, ut ſimul fiat accipientis. Quod in ſuperioribus rebus utendis datis ideo fieri neceſſe eſt, quod non poſſit qui accepit ſuo iure uti, ut velit, niſi conſumat; iure autem conſumere aut alienare non poſſit, niſi dominio in eum translato. Nemo enim de re pro arbitrio ſtatuere poteſt, niſi dominus. *L. in re, C. mand.* Tertium, ut reddatur tantumdem. Quibus verbis rurſum tria continentur ad eundem finem pertinentia. Primum, ut quid reddatur. Deinde ut aliud; poſtremo ut ita aliud, ut tamen id efficiat tantumdem: quod fit, ſi eſt eiuſdem generis & bonitatis. *d. tit. Inſt. quib. mod. re contr. obl. L.* 3. *D. ſi cer. pet.* Quod aliud reddi debet, eſt conventionis tacitæ; quæ ex eo intelligitur, quod res utenda datur. Neque enim hoc aliud ſignificat, niſi id agi, ut poſt uſum reddatur. Quod placet, ut reddatur aliud; natura rerum mutuo datarum, & earum translatio id facit. Nam ſi id agitur, ut tanquam ſuas conſumere liceat; id etiam agi perſpieuum eſt, ne eædem reddantur. Conſumptæ enim reddi non poſſunt. Sequitur igitur, ut aut nullæ reddendæ ſint, aut reddendæ ſint aliæ. Rurſum quia mutuum officii eſt & liberalitatis; nec convenit cuiquam officium ſuum eſſe damnoſum: etiam hoc agi intelligendum, ut quod reddetur aliud, reddatur ſine damno & iniuria dantis. Quod ſit alia re reddita, quæ ſit eiuſdem generis & bonitatis. Nam in rebus ſuperioribus, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, hoc evenit, ut re eiuſdem generis & bonitatis ac quantitatis ſoluta, æque ſatisfiat creditori, atque ſi res ipſa ſtatim reddita eſſet, atque etiam magis. Idque eſt, quod Paulus ait, illa ſolutione apprime ſatisfieri creditori, quia hæ res functionem recipiant in ſuo genere magis, quam ſpecie. Quod quid ſit, expoſui ad *L.* 2. §. 1. *ſi cert. pet.* ubi hæc ratio Pauli legitur.

V. Quæ omnia ad reſtitutionem pertinentia apparet eiuſmodi eſſe, quæ obligationem mutui contineant, & eam, quæ ex natura mutui per interpretationem æqui & boni magis inducatur, quam naſcatur ex conventione. Illud de ſuperiore conventione tota monendi ſumus: quod diximus mutuum dari hac conventione, ut fiat res accipientis, ſic deinde reddatur tantumdem, de tacita conventione accipiendum eſſe, ut intelligatur, ſi quid adverſus eam conveniat, non eſſe mutuum. Cæterum expreſſa conventio hic non deſideratur. Conſtat ad omnem iſtam tranſlationem & obligationem ſufficere, res ſuperiores ita dari, ut dicantur dari mutuo, & accipiantur hoc nomine. *L.* 3. *L. lecta, D. ſi cert. pet.* Ipſo hoc verbo intelligitur id agi, ut ea ſit translatio, & reſtitutio quam diximus, ratione æquitatis eam inducente. In quo eſt natura huius contractus.

VI. De verbo mutui notandum, nomen ex re natum eſſe. Dictum eſt enim, non utique eo tantum quod de meo tuum fiat, ut eſt in *L.* 2. §. *appellata, D. ſi cert. pet.* alioqui donatum, venditionis, permutationis cauſſa traditum ſit mutuum: ſed quia vice verſa hoc etiam agatur, ut tuum illud, quod acceperas, rurſum fiat meum. Ineſt enim in hoc verbo reciprocatio mei & tui, ideſt hæc vis, ut meum tuum fiat, & retro tuum meum. Id uſus loquendi veterum probat. Nam quæ ſunt reciproca, mutua vocamus. Ut cum dicimus mutuum amorem; *L.* 1. *D. de donat. int. vir. & ux.* mutuam penſationem; *L. vero,* 39. *D. ſol. matrim.* mutuas operas apud Terentium in *Phorm. Act.* 1. *ſcen.* 5. mutuam obſervantiam: cum ſcilicet hæc ita conferuntur a nobis in aliquem, ut rurſum eadem, ſeu paria ab illo ad nos reciprocentur, & redeant. Sic autem fit in mutuo, ut quod de rebus ſuperioribus tibi a me utendum datum eſt, rurſum ad me redeat, & meum fiat, non ſi ſpecie eaſdem res reddas, quæ datæ ſunt, uſu enim conſumptilli, ſed ſi reddas tantumdem,

dem, ideſt res eiuſdem generis & bonitatis, quibus ita redditis commodo ipſo videaris maxime idem reddidiſſe.

VII. Plura ex commentariis licet petere ad *d. L. 2. D. ſi cert. pet.* ſi de eo quæritur: Quomodo mutuum contrahatur. Habet & iudicii huius natura, quæ hic præcipue ſpectari debeant, cum in genere actionis, tum in eius actionis perſecutione, ac iure. Quæ & ipſa fuſe ſuis quæque locis in iiſdem commentariis a me expoſita, inde peti velim. Ut ſunt hæc; Quæ hinc ſit actio; de quo in *L. certi*, 9. in pr. §. 1. & 2. *eod.* Cui detur; de quo in *ead. L.* 9. §. *ſi nummos*, *L. ſi a furioſo*, 12. *L. ſi filiusfamilias* 14. *L. cum filiusfamilias* 17. *eod.* Adverſus quem; de quo in *L. civitas*, 27. *L. ſi inſtitorem*, 29. *L. qui pecuniam*, 30. *eod.* Qua de re, & ad quid; de quo in *L.* 3. *L. rogaſti*, 11. §. *ſi tibi*, *L. vinum*, 22. *eod.* Poſtremo & quod pertineat ad periculum rei mutui nomine acceptæ; de quo in *L.* 4. *L. rogaſti*, 11. in pr. *eod.*

C A P. I I.

De Commodato, Depoſito, Pignori dato. Quid ſit horum unumquodque: Ex quo intelligatur, & ubi ſit in his conſenſus ad obligationem contrahendam, & cur hæc re contrahi dicatur.

Methodus & propoſitum auctoris. I.
Commodati definitio & explicatio. II. & ſeqq.
Quid ſit commodare. III.
Commodatum qua re differat a mutuo. Et de notatione nominis. IV.
Debet eſſe gratuitum. V.
Differt a precario; & quomodo. VI.
Conſtat rei traditione, & conventione tacita de re eadem reſtituenda. VII.
Depoſitum quid. Rei traditione & eiuſdem reſtituendæ conventione tacita perficitur. VIII.
Commendandi verbum quatenus depoſiti ſignificationem habeat. IX.
Pignus quid ſit. X.
Ad obligationem pignoratitiam traditio rei facta pignoris cauſſa requiritur. In quo poſita illa obligatio. XI.
Ad contractum pignoris etiam tacita conventio reſtituendi neceſſaria: quomodo deprehenditur illa conventio. XII.

I. QUi ſequuntur contractus tres, Commodatum, Depoſitum, Pignus datum, de his ita dicam, ut ſeparatim quid ſit horum unumquodque, quamque cauſſam ad obligationem in ſe habeat, definitione explicem: de obligatione autem eorum poſtea dicam in commune, quando hæc iiſdem præceptis & præſtationibus fere per omnia communibus contineatur: ne ſi ſeparatim de hac dicam in ſingulis, ſæpius eadem inculcare cogamur, quæ melius ſemel dici potuerunt, & vero debuerunt.

II. Commodare, unde commodatum, eſt rem quæ uſu non conſumitur, ſeu mobilem ſeu immobilem utendam gratis dare certo præſcripto utendi fine aut modo. Quod diximus, rem quamlibet quæ non conſumatur uſu utendam dare, ſic deſcribitur in §. item is, *Inſt. quib. mod. re contr. obl. item in L. 1. D. commod.* Adiicimus gratis, quoniam non eſt commodatum niſi gratuitum. *d.* § *item is*, in extremo, *L. ſi gratuitam*, 17 §. *ſi cum unum*, *D. de præſcr. verb.* De fine & modo utendi ſignificatur in *L. in commodato*, 17. §. *ſicut*, *D. commod.* quæ explicanda ſunt.

III. Eſt igitur [1] commodare rem dare. Recte dare, non [2] convenire de re danda, ut intelligamus, ſi qua hic contrahitur obligatio, hanc quoque ut in mutuo, non conſenſu & conventione ſola contrahi, ſed re, ubi ſcilicet commodatum non niſi re

1) Dicitur autem commodo, id eſt uſu rei, Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 2. Mozz. *de Comm. d. C.* 1. *n.* 1. Generaliter enim ſignificat prodeſſe, ſed hic peculiarem ſignificationem habet, Duar. *h. tit. Cap.* 1. vel qoa cum modo, id eſt certa forma utendi datur, Weſ *in Par. h.* Oldend. *Cl.* 4. *Act.* 15. Vult. *in* §. 2, *Q. Quib. mod. re. contr. n.* 4. & 6. Prius etymon voci convenientius, poſterius rei ipſi & magis adæquatum, quia non quicquid commodat, commodatum eſt, & aliquando ſolius dantis gratia initur *L.* 5 §. 10 *L.* 10. § 1. *L.* 12. *Pr. hoc tit.* Sane & opera commodari dicitur & præſentia ab Advocato, Aſcon. *in Divinat. Cic.* Io. a Wouver. *not. in Petron. p. m* 160. Legimus & uſum vel rem ad uſum mutuari *L. item* 49. §. 2 *de L.* 3 *L.* 12. §. 14. *de inſtr. leg.* Unde Cuiac. *in Par. h.* & 11. *Obſ.* 37 in commodato ineſſe mutuum ad uſum, in mutuo commodatum ad abuſum. Vid de commodato Duar. *ad h. tit.* Gomez. 2. *Reſol.* 17. Old. *Cl* 4. *Act.* 15. Coler *Deiſ.* 7.

2) Nam etſi convenerit ut mihi ex gr. equum commodes Lipſiam uſque, nuda eſt pactio, actionem non pariens, Don. *ad Rub. C. h. n.* 5.

re ſecuta & tradita initium obligationi præbet. Atque hoc modo contrahi indicat Titulus Inſtitutionum *quibus modis re contrahitur obligatio*, cui Titulo hic contractus ſubiicitur in *d. §. item is*. Eademque obligatio verbo *dandi* ſignificatur in ſequentibus contractibus, qui & ipſi eidem titulo attribuuntur.

IV. Sed non ſimpliciter eſt rem dare, ut ſit dominium transferre, id quod dandi verbum per ſe poſitum ſignificat: *L. ubi*, *§. ult. D. de verb. obl. §. ſic itaque*, *Inſt. de act.* Sed dare [3] rem, quæ uſu non [4] conſumatur, tantum utendam. Qua nota utraque diſtat commodatum a mutuo. Nam & in mutuo res datur utenda. Unde permittere alicui uti pecunia noſtra, eſt mutuam dare in *L. certi*, 9. *§. ult. D ſi cert. pet.* ſed datur res utenda quæ uſu conſumitur. Et ad eam conſumptionem ſic datur, ut fiat accipientis, quo is ſuo iure poſſit conſumere. Utrumque contra in commodato. Si commodare eſt tantum utendum dare: *d. L.* 1. *commod.* nihil hic datur amplius, quam uſus, ſalva manente rei ſubſtantia: neque id fit aliter, quam ſi ea res detur utenda, quæ uſu non conſumatur. Sequitur igitur quod eſt in *L. ſ rei*, 8. & *L. nemo*, *ſeq. D. commod.* ut nemo commodando rem faciat eius, cui commodat; & propterea qui dedit, rei commodatæ poſſeſſionem & proprietatem retineat: Et ex hoc uſu nomen natum commodati. Nam hic uſus nihil aliud eſt, quam rei commodum, quod concedentibus nobis ab alio ex re percipitur. Eo fit, ut qui re uti permittendo hoc commodum alii concedit, recte dicatur rem commodare.

V. Adiiciendum eſt gratis, ne ſit locatio, mercede ab initio pro uſu conſtituta; *d. §. item is*, in fin. *quib. mod. re contr. oblig.* aut incerti contractus ſpecies, ſi pro uſu alia res præſtatur, quam pecunia; aut pecunia quidem, ſed quam placeat conſtitui poſtea. *Inſt. de locat.* in pr. *arg. in L. ſi tibi polienda*, 22. *D. de præſcr. verb.*

VI. Nondum ſatis ad definitionem. Nam hucuſque omnia cum precario communia. Si quidem precarium eſt, quod precibus petenti utendum conceditur, & maxime gratis, ac liberalitatis cauſſa. *L.* 1. *L.* 2. *L. interdictum*, *D. de precar.* Unde & precarium ſimile commodato dicitur in *d. L.* 1. *D. de prec.* An quod hæc ſunt eadem, ut non ſit neceſſe quidquam ampliusaddere ad commodati definitionem? Sed hæc eadem non eſſe, diverſa vocabula his indita facile indicant; argumento in *L. ſi idem*, *Cod. de codic.* multo autem magis vis & poteſtas utriuſque generis. Nam ex commodato civilis actio eſt & certa, commodati. *L. in commodato*, 17. *§. ſicut*, *D. commod.* Ex precario nulla nobis civilis, id eſt certa, & certi nominis. Unde & de eo interdictum propoſitum a prætore. *L. interdictum*, *D. de prec.* Qua igitur nota diſcernimus commodatum a precario? Nempe hac, quam ideo adiecimus in definitione, ut ſit commodatum tum quidem, cum res utenda datur & gratis: ſed tamen certo præſcripto utendi fine aut modo. Id expreſſit Paulus in *d. L. in commodato*, 17. *§. ſicut*, in princip. *D. commodat.* his verbis: ***modum commodati, finemque præſcribere eius eſt, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id eſt poſtquam commodavit***, & quæ ſequuntur. Ergo id facere, id eſt modum & finem præſcribere in commodato, eſt commodare. Precarium autem eſt, cum res utenda datur ſimpliciter. Ut recte definiatur precarium hoc modo: quod gratis utendum datum eſt, nullo præſcripto utendi neque fine neque modo. Exempli cauſſa. Dediſti mihi equum utendum. Si ad certos dies, ſi uſque ad certum locum, ſi ad certum opus; commodatum eſt. Si ſimpliciter, precarium eſt. Item dediſti mihi trabem aliquam utendam roganti. Si ad domum meam fulciendam, commodato; ſi ſimpliciter, dediſti precario. Hæc & his ſimilia exempla de commodato extant in *d. L. in commodato*, 17. *§. ſicut*, *commod.* Nec dubium, quin contraria conditio in precario intelligi debeat. Atqui id effectus huius diſtinctionis, qui in utroque genere diverſus cernitur, facile probabit. Nam commodatum ſtatim & intem-

3) Etiam aliena *L.* 15. *& ſeq. h.* etiam incorporalis ut habitatio, *L.* 1. *§.* 1. *in fin. hoc tit. L.* 17. *pr. de praſc. verb.* id eſt ſervitus ſeu ius illud, de quo in *t. de Uſu & hab.* Mozz. *Cap. de Rebus qua comm. poſſ. n.* 2. nec recte Alb. Gent. 4. *Lect.* 5. & P. Greg. 23. *Synt.* 1. *n.* 2. exponunt de ædibus, quia in *d. §.* 1. fit extenſio per voculam *amplius*. Et faciunt *L.* 3. *L.* 8. *§.* 5. *L.* 15. *§.* 2. *de precar.*

4) Niſi & illæ ad pompam & oſtentationem commodentur *L.* 3. *§. ult.* vel ut dicis gratia nummi intercedant *L.* 4. *h. tit.* id eſt, non ſerio, ſed perfunctorie & ſimulate, ut defungi ſuo munere quis videatur, vel ut poſſit dicere ſe numeraſſe, vel ad ſolemnia peragenda, vid A. Aug. 2. *Emend.* 2. *p.* 78. Covar. 4. *Reſol.* 8. Duar. 1. *Diſput.* 47. & ad *L.* 7. *§. dolo* 9. *de pact. & hoc tit. Cap.* 2. Coraſ. 4. *Miſ.* 8. Turneb. 11. *Adv* 12. *& in Varr. de ling. Lat. f.* 297. Hopper. *Lib.* 1. [illegible] *pag.* 23. Connan. 7. *Com.* 2. *n.* 12. Cuiac. 10. *Obſ.* 37. Curt 1. *Coniect. ad Fr.* 35. Pithæ 2. *Subſec.* 8.

5) Iure Saxonico tamen res a commodatario alienata nequit repeti ab emptore, ſed tantum actio contra commodatarium, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 60. vid. Coler. *Deciſ.* 7. *n.* 7. *& ſeq.*

peſtive repetere non licet. Scilicet quia datur ad certum modum, finemque utendi; ante quem commodatum repetere eſt contra bonam fidem. Denique eſt accipientem beneficio decipere, ut eleganter declaratur in *d. §. ſicut*. At precarium non diutius durat, quam patitur is, qui conceſſit. Ideoque & ſtatim cum videtur, licet revocare. *d. L. 1. L. 2. de prec.* An non ideo, quia non ad certum modum & finem utendi, ſed ſimpliciter datur? alioqui non magis hic liceret intempeſtive & contra tacitam conventionem rem repetere, non magis accipientem beneficio decipere, quam in commodato.

VII. Ex hac datione reſtituendi conventio, ex conventione, cui res tradita adiungitur, intelligitur is contractus, quem hic quærimus, qui ſcilicet conventionem habens id habeat, ſine quo nullus contractus eſt; *L. 1. §. 1. D. de pact.* rem autem habens, unde obligatio initium ſumat, ſit vere is contractus quem re fieri dicimus. Traditio aperta eſt, ſed nec obſcure reſtituendi conventio hic ſe oſtendit. Mitto, quod commodatum beneficii eſt & liberalitatis. *d. L. in commodato, 17. §. ſicut, commod.* Natura autem æquum eſt, tandiu unumquemque liberalitate mea uti, quandiu ego velim, & ut poſſim revocare, cum mutavero voluntatem, ut bene ſcriptum eſt in *L. 2. D. de prec.* Illud manifeſtam reſtituendi conventionem oſtendit, quod commodatum datur nominatim ad certum uſum, finemque præſcriptum. Sic enim aperte intelligitur id agi, ut cum ad eum modum & finem uſus fueris, commodatum amplius non habeas, ſi velim repoſcere. Certo enim rei cuique præſcripto modo aut fine, ultra concedi nihil intelligitur. *L. maritus*, in fin. *C. de proc. L. diligenter, 5. D. mand.* Quamobrem & agitur hoc ipſum aperte, ut hoc uſu finito rem repoſcenti reſtituas, Sic enim deſines habere, ſi reſtitueris.

VIII. Deponere, unde [6] depoſitum, eſt rem alteri cuſtodiendam dare. Sic definitur in *L. 1. D. depoſ.* Recte, dum intelligamus quod nihil niſi cuſtodiendum datur, nec quidquam viciſſim præſtatur promittiturve pro cuſtodia. Alioqui pecunia interveniente locatio eſt: interveniente re alia; incerti contractus genus. Ut appareat depoſitum quoque, ut commodatum [7] gratuitum eſſe debere. *d. L. 1. §. ſi veſtimenta, §. ſi quis ſervum, ſeq. D. eod.* Ita plenius recte definiatur hoc modo, rem alteri gratis cuſtodiendam dare. Hinc obligatio de eadem re reſtituenda. *§. pen. Inſt. quib. mod. re contr. obl* obligatio, quæ ex ipſa ſignificatione verbi ſua ſponte intelligitur. Hoc enim rem cuſtodiendam dare nihil aliud eſt, quam id agere; ut nihil de re a nobis depoſita transferamus in accipientem, ſed ut eamdem rem habeamus ut prius, atque adeo ut per eius cuſtodiam magis habeamus. In quo perſpicuum eſt id agi, ut repoſcentibus nobis quandocunque volemus, reſtituatur. Sic enim fiet, ut cuſtoditam, ſic deinde reſtitutam ſalvam habeamus: quod aliena cuſtodia quærebatur. Eſt igitur hæc reſtituendi obligatio ex contractu, quia ex conventione: & obligatio ita ex contractu ut re contrahatur: quia ut ſit depoſitum, prius rem poni apud alium oporteat: & quia ſi res reſtituenda eſt, natura non patitur, quin prius res detur, atque ita res tradita initium præbeat obligationi.

IX. Hoc idem dicitur [8] commendare, ut eſt in *L. commendare, D. de verb. ſignif.* Sed generalis illic definitio ne nos fallat, animadverſione indiget. Sic enim illic traditur, *commendare nihil aliud eſt, quam deponere.* Generaliter hoc modo definitum falſum eſt. Neque enim cum aliquem commendo alteri per literas, ut in *L. ſi vero, 12. §. cum quidam, D. mandat.* eum quem commendo, apud illum alterum depono. Nec cum proficiſcens commendo amico uxorem, liberos, familiam, domum denique totam; quidquam horum apud amicum depono: cum & domus maneat eodem loco, & familia domi. Sed tunc commendare ſignificat deponere, cum prius id ſit, quod depoſiti proprium eſt, ideſt rem alicui tradimus, ſic deinde dicimus nos eam illi commendare. Ut commendare quod deponendi ſignificatio-

6) Alias rem ſignificat, ut cum dicitur reſtitui *L. 10. C. hoc t.t.* alias contractum per metonimiam ſubiecti, qui & depoſito *L. 1. §. 22. L. 5. §. ult. h.* A de & ponendo derivat Ulp *L. 1 Pr. h. tit* quia *de* auget ſignificationem. Sic dedere, deamare, deperire, demirari: ſic depoſcit Plaut *in Arg. Aulul. ar.* vid. Cuiac 1. *ad Afric. in §. ad L. 20. de man. teſt.* Caſp Schopp 2 *Veriſim.* 9. licet in quibuſdam minuat, vid. Taubman. *not. in Epidic. Plauti Act* 1. *Sc.* 1.

7) Scilicet mobilem quæ cuſtodiam recipit, non vero rem ſoli, Vult. *in §. præterea* 3. *I. Quib. mod. re. n.* 11. Mozz. *de Depoſ. C. de reb. n.* 1. *& C. de ſubſtantial. n.* 6 *&* 7. Cum enim loco moveri nequeat, nec poni poteſt, ne dum deponi. Diſſ. Gœl. *ad L.* 110. *de V. S. n.* 3.

8) Vid. Gœd *ibid.* Hot tamen 4 *Obſ.* 14 intereſſe inter hæc vult temporis rationem. Depoſitum dici quod diu ſervandum, *Coll. LL. Moſai. Tit* 10. ubi ſententiam quandam Pauli emendat Hot. Commendatum vero ad breve tempus per *L.* 14. *§.* 4 iunct. *L.* 40 *de Relig.* Quod diſcrimen inde non infertur. Quidni vere dicatur depoſita res, etſi mox repetenda; neque enim diem conventioni adiicere neceſſe eſt,

cationem habet, ſit rem alicui traditam illi commendare. Ut ſit in ſpecie *L. Lucius*, 24. *D. de po.* Ad quam ſpeciem accommodate uſus eſt Papinianus ſuperiore definitione verbis quidem generali, ut eſt in *d. L. commendare, de verb. ſign.* ſed quæ ad ſpeciem illic propoſitam referri debeat. Ut ſit ſenſus, commendare in ſpecie propoſita nihil aliud eſſe, quam deponere. Itaque vitioſe compoſitores, qui ſententia ex ſuo loco ubi quadrabat, tranſſumpta, ex ſpeciali generalem fecerunt.

X. Pignus eſt res omnis pro debito creditori obligata. *§. item Serviana, Inſtit. de act.* Sed tunc proprie, cum res in eam cauſſam tradita eſt creditori. *L. ſi rem*, 9. *§. proprie, D. de pignerat. act. d. §. item Serviana.* Dictum eſt enim pignus a pugno: quaſi quod manu tradatur, *L. plebs, §. pignus. D. de verbor. ſignificat.*

XI. Sed non ſic pignus accipimus per omnia in obligatione pigneraticia, de qua nunc agimus. Poſterius quidem ſemper exigimus, ut quid traditum ſit pignoris cauſſa, ut naſcatur hæc obligatio. Prius autem ut vere ſit pignus, non neceſſario ad hanc obligationem requiritur. Eſt hæc obligatio in id, ut res eadem quæ pignori obligata erat, reſtituatur, *§. ult. Inſtitut. quib. mod. re contrah. obligat.* Id fieri non poteſt, niſi prius res creditori fuerit tradita, quam acceptam ille reſtitueret. Ideo & in hac obligatione, ſi pignus vere conſtitutum eſt, etiam id traditum eſſe oportet creditori, ut efficiatur id, quod proprie ita dicitur. Unde & pigneraticia actio dicta illa in perſonam, quæ de hoc pignore repetendo competit, dicto *§. ult. Inſtitut. quib. mod. re contrah. oblig.* Sed ut contrahatur hæc obligatio, non eſt neceſſe rem ita dari pignori, ut ſit vere pignori, ſeu ut in ea conſtet pignus: ſolum hoc ſufficit datam eſſe rem pignoris cauſſa, id eſt ut eſſet pro debito creditori obligata, etſi iure non ſit obligata. Idque ita intelligi poteſt. Nam ut vere contrahatur pignus, duabus rebus efficitur; ſi ſubeſt aliquod debitum, pro quo res obligetur; *L. 5. D. de pignor.* & ſi iure pro eo res obligetur. Quod ita ſit, si is eam dederit, qui ius dandi habuit, id eſt ſi fuit in eius bonis. *L. cum res*, & toto Titulo, *Cod. ſi alien. res pig. data ſit.* Neutrum horum exigimus, ut ſit pigneraticia obligatio & actio. Solum illud, ut tanquam pro debito res fuerit oppoſita ita, ut pignoris loco haberetur. Finge rem datam futuræ obligationis nomine, quæ poſtea ſecuta non eſt. Finge datam rem alienam pignori. De utraque reſtituenda pignoris nomine obligatur is qui [9] accepit, non ſecus, quam ſi vere pignus fuiſſet conſtitutum. *L. ſolutum*, 11. *§.* 1. *L. ſi rem alienam*, 9. *§. is quoque. L. ſi pignore*, 22. *§. ſi prædo, D. de pigner. action.* Quid ſi convenerit, ut res quæ vere erat debitoris, eſſet obligata ei, cui vere debebatur, non tamen res ei tradita fuerit? Pignus non minus iure contrahitur. *L.* 1. *D. de pignerat. action. L. ſi tibi, §.* 1. *D. de pact. L.* 4. *L.* 5. *D. de pign. §. item Serviana, Inſt. de action.* Et hinc quidem actio in rem creditori, quæ dicitur hypothecaria & Serviana, *d. §. item Serviana.* Sed hoc ad pigneraticiam obligationem contrahendam, ex qua eſt actio pigneraticia, non pervenit. Pignus enim tradi oportet, non ut ſic obligetur, ſed ut reſtitui oporteat. Ergo hæc obligatio merito dicta eſt re contrahi, dicto *§. ult. quib. mod. re contrah. oblig.* ut cui initium non ſit niſi ex re [10] tradita.

XII. Sed tamen ad contractum etiam ineſſe oportet conventionem reſtituendi. Sine qua ne contractus quidem ſit, *d. L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Ubi igitur & hic illa conventio? Incluſa eſt verbo pignoris. Et iam ſatis intelligitur, definitione verbi cognita. Nam si pignus res eſt ita data, ut ſit obligata ſolum pro debito, aperte pignoris appellatio cogitatione contrahentium hanc ſignificationem habet, ut si debitum non eſt, nec ſit pignus. Denique definitio ſuperior hoc oſtendit, pignus eſſe acceſſionem principalis alicuius debiti & obligationis, quod & verum eſt. *L. 5. D. de pignor.* Ita ſit, ut obligatione remota nullum poſſit eſſe pignus, ſive ab initio nihil debitum fuerit, ſive quod cœperat deberi, poſtea deſierit. Hinc conventio ex vi verbi, ut ſublata obligatione, ne creditor pignus habeat. Proinde ut reſtituat; si quidem hoc modo habere deſinet. Unde & obligatio pignoris ſeu pigneraticia actio in hoc, ut pignus red-

9) A. Fab. 7. *Coniect.* 19. Sufficit ad pigneratitiam, quod in pignoris cauſſam res tradita, debitique ſolutionem creditor acceperit. Alioqui alienam rem pignoris nomine impune retineret creditor. Nec diſtinguitur an debitor alienam ſciens dederit. Nam & prædoni competit etiam de fructibus *L.* 22. *§. h. t.* Nec enim æquum eſt propter perſonam prædonis, qui creditori ſatisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & ſine cauſſa. Facit *L.* 55. *de cond. ind.* Sic namque creditor ipſe prædo fieret, prædandi cauſſam captans ea bonæ fidei contractu.

10) Nuda quidem conventione contrahitur pignus *L.* 1. *pr h t* re tamen obligatur qui pignus accipit, quia huic obligationi non conſtitutio pignoris, ſed acceptio cauſſam dat. Duar. *de Pignor. act. Cap.* 8.

reddatur hac conditione cum omnis pecunia ſoluta erit, aut eo nomine ſatisfactum creditori. *L. ſi rem*, §. *omnis*, *D. de pigner. act.*

C A P. III.

De Commodati, Depoſiti, Pignoris dati obligatione & præſtationibus mutuis in commune,

Commodati, depoſiti, pignoris obligatio tria habet communia; & quæ illa. I.
Accipientis obligatio præſtat acceptæ rei curam, & tempeſtivam eius reſtitutionem. II.
Cura dolum ſemper excludit; non raro & culpam quæ a dolo abſit; & quando. III.
Tempeſtiva reſtitutio multiplex. Quæ ea; & quomodo diſtinguenda. IV.
Utraque eſt rerum datarum, & earum quæ illis accedunt. V.
Poſteriorum genera duo; & quæ. VI.
Accedunt rebus datis aut illa quæ rem datam ſequuntur; aut lucra ex re data percepta. VII.
Prioris generis exemplum. VIII.
Lucri, quod obvenit ex pignore, commodato, depoſito, genera quatuor. IX.
1. *Fructus ex re percepti.* X.
2. *Pretium ex re diſtracta collectum.* XI.
3. *Pœna furti.* XII.
Cur pœnæ reſtitutio incumbit creditori dumtaxat, non commodatario, vel depoſitario. XIII.
Differentiæ ratio a Bartolo & Accurſio optime reddita; & quæ. XIV.
4. *Actiones, quæ accipienti ex re commodata, depoſita, oppignerata acquiri poſſunt. Singularum exempla.* XV.
Harum reſtitutio ceſſione cuiuſque debet fieri: & quæ hic habenda diſtinctio. XVI.
Obligatio dantis præſtat omne quod occaſione rei datæ abeſt accipienti. XVII.
Nomine eius quod abeſt veniunt damna, & impenſæ. XVIII.
Damna in triplici genere; & quæ illa. Singula quatenus a dante præſtanda. XIX.
Impenſæ quænam; & quomodo repetuntur. XX.
In contrariis iudiciis reorum condemnatio in eius quod abeſt æſtimationem dumtaxat. XXI.

I. IAm de horum contractuum obligatione in commune dicatur, quando hæc communibus præceptis conſtans in varia diſpertiri non debet. De his loquor, quæ in his pro natura contractus ex bona fide præſtanda ſunt ſine alia manifeſta conventione. Habet vero horum contractuum obligatio tria hæc communia, numerum obligatorum, mutuas actiones eaſdem, & in ſingulorum obligatione præſtationes communes, ſi pauca quædam exceperis. Numerus obligatorum idem. In his enim non obligatur is tantum, qui rem accepit, ut reddat; ſed & is contra ſibi obligat dantem, ut in mandato procurator. Ut merito in his quoque dicantur ſuſcipi obligationes præſtationeſque civiles. Quod de commodato poſitum eſt in *L. in commodato*, 17. §. *ſicut*, *D. commod.* Actiones in his iſtarum præſtationum cauſſa non ſolum mutuæ propoſitæ, quod priori conſequens fuit, *d.* §. *ſicut*. Sed etiam actiones eædem in omnibus, nempe directa & contraria, quarum vim & ſignificationem ſupra in mandato expoſuimus eius *Libri Cap.* 14. Directa, quæ danti adverſus accipientem; Contraria, quæ accipienti adverſus dantem competat. Sic dicuntur commodati actiones in *L. in rebus*, 18. §. *ult. D. commod.* Sic in depoſito, & in pignore. Nam cum in his nominatur contrarium iudicium, ut in depoſito in *L.* 5. in pr. *D. depoſ.* in pignore, ut in *L. tutor*, 16. §. 1. *L. ſi rem*, 9. in pr. *de pignerat. act.* ſatis declaratur eſſe ex adverſo directum iudicium; cum non ſint contrariæ actiones, niſi quæ directis opponantur, §. *ex quibuſdam*, *Inſt. de pœn. tem. litig.* Iam & uniuſcuiuſque obligationis horum præſtationes fere unius generis. Ex quibus quid in obligatione ſingulorum verſetur, id eſt, quæ & qualis ſit ſingulorum obligatio intelligetur.

II. Et ut ordiar ab ea obligatione qua tenetur, qui in his contractibus rem accepit, quæ & principalis obligatio eſt, & cuius nomine adverſus eum directa & principalis actio, ſic nominata in *L. in commodato*, 17. §. 1. *D. commod.* continetur

tur hæc omnis obligatio duabus præſtationibus, tanquam partibus, Cura rerum ad fidem accipientis pertinentium, & Tempeſtiva illarum rerum reſtitutione.

III. Cura in eo, ut neque quid faciat ipſe in his rebus, quo hæ pereant, aut deteriores fiant; neque etiam aliunde perire aut deteriores fieri culpa vel negligentia ſua patiatur. Indicio erit, quod ſi quid horum acciderit, placet eum, qui rem accepit, dolum & culpam præſtare. Dolum quidem ſemper ſive commodatarius erit, ſive creditor in pignore, sive depoſitarius, cuius nulla utilitas verſatur in contractu. Sed & præter dolum latam culpam quæ dolo comparatur. *L. quod Nerva, D. de poſ.* At culpam, quæ a dolo abſit, quam noſtri levem vocant, non uno modo, ſed pro diſtinctione iure civili recepta, ut ſi quidem ſolius accipientis in contractu utilitas verſetur, ut commodatarii in commodato, [1] omnem culpam & negligentiam is præſtet. *L. ſi ut certo, §. nunc videndum, D. commod.* Idem & ſi verſetur utilitas utriuſque, dantis ſcilicet & accipientis, ut in pignore, quod ita datur, ut & debitor pecuniam accipiat, & creditori de debito cautum ſit. *L. ſi cum venderet, 13. §. ult. & L. ea quæ, ſeq. D. de pignor. act.* Quod ſi agatur ſolius utilitas dantis, quod fit in depoſito, hic depoſitarius non alterius culpæ nomine teneatur, quam latæ; reliquam non præſtet. *L. 1. §. ult. & LL. ſeqq. D. depoſit.* Extat diſtinctio pluribus & ex profeſſo tradita in *L. ſi ut certo, §. nunc videndum, D. commod.*

IV. Sed cura hæc omnis tandiu imminet, quandiu placet rem manere apud eum, qui accepit. Re repetita, ſequitur altera pars huius obligationis quam commodatarius, depoſitarius, creditor in pignore extremam præſtare debeat, tempeſtiva ſcilicet earumdem rerum reſtitutio. Et in his quidem tribus contractibus pariter id agi, ut res quæ accepta eſt, & quidem eadem reddatur, diſerte traditur in §. *item is*, & duob. ſeqq. *Inſtit quib. mod. re contr. obl.* Sed non ut primum res data ex his contractibus repoſcitur, ita ſtatim reſtituenda eſt. Tempeſtivam reſtitutionem hic exigimus. Tempeſtiva eſt aliter volenti reſtituere, aliter ei, a quo invito res repetatur. Reſtituere volenti tempeſtiva eſt quovis tempore. Nulla enim res cogit commodatarium, depoſitarium, creditorem, commodatum, depoſitum, pignus retinere. Adverſus invitum autem ea tempeſtiva reſtitutio intelligitur, quæ ſuo tempore exigitur. De quo ex natura & fine horum contractuum tanquam tacita quadam conventione æſtimandum eſt. Nam in commodato, cum detur id ad præſcriptum utendi finem aut modum, nempe id repetendi tempus eſt, cum is uſus finitus fuerit. Ante ab invito repetere non licet. *L. in commodato, 17. §. ſicut, D. commod.* Pignus quoque cum detur creditori, ut ſit ei cautum de pecunia credita, vel hinc ſatis intelligitur id tum repeti poſſe, cum pecunia ſoluta erit, aut eo nomine creditori ſatisfactum: prius repeti non poſſe, eoque nullam eſſe neceſſitatem reſtituendi, ne ſi vel minimum quid ſuperſit ex ea ſumma, in quam pignus obligatum eſt. *L. ſi rem, 9. §. omnis, D. de pignor. act. L. quandiu, C. de diſtract. pign.* Depoſitum cum totum comparatum ſit deponentis cauſa, res loquitur, ipſum pro ſuo commodo id repetere poſſe, cum velit; cum nihil interſit depoſitarii id retinere, quod ad eum nullo modo pertinet.

V. Sed & cura & reſtitutio ſuperior, quam ab eo, qui rem commodatam, depoſitam, pignori datam accipit, exigi dicimus, non omnium rerum eſt, ſed ut adieci, rerum ad fidem accipientis pertinentium. Has res quaſnam eſſe intelligamus, videndum. Et hæ genere duæ ſunt; Res principaliter data, & interdum Extraneæ quædam accedentes per conſequentiam. Res principaliter data ſemper, quæ maxime propria reſtitutio eſt quæ in commodati, depoſiti, pignoris accepti obligationem & iudicium venit, ut declaratur §. *item is*, & duob. ſequentib. *Inſt. quib. mod. re contr. obl.*

VI. Externarum, quas accedere dicimus, ſpecies duæ; Quod rem principaliter datam ſequi, ac propterea per occaſionem eius rei damni abeſſe cogitur: & Lucra, quæ ex re data accipienti obvenerunt.

VII. Quod rem datam ſequitur, ut ſi equam meam tibi commendaverim, & pullus ſecutus ſit matrem. Et ſi hic pullus commendatus non eſt, ut quem nec potieris, nec

1) Vid. Duar. *de Commod.* C. 8. & ad *tit. Depoſ.* C. 2. Hinc in Commodato modo dolus & lata culpa præſtatur, ſi ſolius commodantis gratia factum; modo levis ſi utriuſque; modo leviſſima ſi ſolius commodatarii, ut plerunque Mozz. *de Commod. Cap. de Diviſ.* n. 2. Eademque diſtinctio in depoſito, ſi quandoque fiat depoſitarii vel utriuſque gratia, Mozz. *de Depoſ. Cap. de Diviſ. n.* 3 *& ſeqq. & Col.* 6 *n.* 4. Quidam volunt & caſum fortuitum præſtari in pignore, quando creditor poſſeſſionem pignoris per vim conſecutus *L.* 36. *de pig. act.* Sed in ſpecie *d. L.* nullum fuit pignus, ſed nuda chirographaria obligatio, vid. Duar. *de Pig. act. Cap.* 6. *in fin.*

nec ita habeas, ut commodo tibi ulli aut uſui eſſe poſſit, tamen quia propter commodatum abeſt, placet eum non minus ad fidem, ad curam & reſtitutionem tuam pertinere, quam equam ipſam. *L. 5. §. uſque adeo, D. commod.*

VIII. Quæ lucra ex re commodata, depoſita, pignori data obtingere poſſunt accipienti, eorum genera incidere poſſunt quatuor: quæ ideo placet totidem in reſtitutionem horum iudiciorum venire. Idque hac ratione, quæ redditur in *L. is cui, 13. §. 1. D. commod.* quod non conveniat ante rem aliquam quæſtui cuiquam eſſe, quam res periculo eius ſit. Nempe ita dictante regula iuris, quæ efficit, ſecundum naturam eſſe, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda. *L. ſecundum, D. de regul. iur.* Lucri & commodi genera, quæ dixi, hæc ſunt.

IX. Primum [2] fructus ex re percepti. Finge creditorem ex re pignorata percepiſſe, eos iudicio directo una cum re accepta reſtituere debebit, aut ſummam debiti eatenus exonerabunt. *L. 1. L. 2. C. de pignor. act.* Idem de commodatario traditum in eo, quod apud eum ex re natum, editumve ſit, in *L. eum qui, 14. §. non ſolum, D. de furt.*

X. Secundum genus eſt pretium ex re diſtracta collectum. Ut ſi proponas creditorem ſuo iure pignus vendidiſſe, & pretium accepiſſe. Quantum erit in eo pretio, quod debitum excedat, tantum creditor reſtituere debebit, utpote hactenus locupletior factus per occaſionem pignoris. Etiam huius ſuperflui uſuræ accedent, ſive ipſe ea pecunia uſus eſt, ſive eam pecuniam alii credidit, & uſuras eſt conſecutus. *L. 6. §. ult. L. penult. D. de pignor. act.*

XI. Tertium genus eſt pœna furti, ſi quam is, qui rem acceperat, ideo conſecutus ſit a fure, quia res tradita accipienti furto ablata fuerat.

XII. Sed huius partis reſtitutio ſolum conſiſtit in perſona creditoris; cui pignus ſurreptum fuit. Neque ad depoſitarium, neque ad commodatarium pertinet. Ad depoſitarium minime, quia ſi ei res depoſita amiſſa ſit furto, liberatur; & quia ea re fit, ut nihil eius interſit rem amiſſam eſſe, ſequitur, ut actionem furti ad pœnam perſequendam non habeat is, cuius nihil intereſt furtum factum non eſſe *§. ſed is apud quem, Inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc. L. eum qui, 14. §. is autem, D. de furt.* Sed nec ad commodatarium hæc reſtitutio pertinet: diſſimili tamen ratione. Nam commodatarius, ut ſi quis alius maxime re commodata ſibi furto ablata, furti actionem habet, ut cuius maxime interſit rem furto ſublatam non eſſe cuius exacta cuſtodia ad eum pertinet. *§. quæ de fullone, Inſtitut. de obligation. quæ ex delict. d. L. eum qui, 14. §. si res commodata,* & §§. duobus ſeqq. *D. de furt.* Sed is hanc pœnam non reſtituit, si eius lucro cedit. *L. ult. L. ſed cum C. de furt.* Solum ergo huius pœnæ reſtitutio ex tribus contractibus propoſitis obtinet in pignore. Quo ſurrepto habet & creditor furti actionem, ut cuius interſit pignus non ſurripi propter cuſtodiam, quæ & ab eo exigitur. *§. furti, Inſtit. de obligation. quæ ex delict. naſcunt. L. creditoris, 15. D. de furt.* Sed pœnam furti conſecutum placet eum debitori una cum pignore reſtituere debere, dum ne debitor ipſe pignus ſurripuerit, & eo nomine conventus furti actione pœnam exſolverit. *d. L. ſi pignore, 22. D. de pignor. action.* Miremur fortaſſis in his qui pariter furti actionem habeant, eamque unam hanc ob cauſſam communem, quod illorum pariter interſit, rem his furto non ſurripi, aliud tamen atque aliud de huius pœnæ reſtitutione in commodatario, & creditore ius ſtatui. Ac magis ſubeat mirari, quod non ſolius commodatarii lucro placet hanc pœnam cedere, ſed etiam idem conductori tributum legimus, *L. 6. D. loc.* quo tamen in contractu non minus utriuſque ex contrahentibus utilitas verſatur, quam in pignore.

XIII Sed bene differentiæ ratio redditur ab [3] Accurſio & Bartolo in *d. L. ſi pignore, 22. D. de pignor. act.* quod in commodato rei commodatæ uſus commodatarii eſt, in locatione rei conductæ uſus conductoris. Conſentaneum igitur, ut sit eorum, quidquid propter hunc uſum ab his percipitur. Ut cui cauſſam dederis, ei & effectum tribuas. Pignoris autem uſus non eſt creditoris. Pignus enim manente proprietate debitoris, ſolam poſſeſſionem transferat ad creditorem, & eam nudam. *L. cum & ſortis, 35. §. ult. D. de pignor. actio. L. ſi cum venditor, 66.* in

2) Vid. Io. Cop. *Lib. 3. de Fruct. Tit. 4. Cap. 3.* Licet autem de his contractu non convenerit aperte, tacite tamen, eo ipſo quo ſolus uſus conceſſus, actum fuit nequid ex cæteris rebus transferatur, Don. *ad Rub. C. de Commod. n. 16. & ſeqq.*

3) Ita & Cuiac. 8. *Obſ.* 39. creditori ſatis eſt creditum ſalvum eſſe, conductori uſum, qui furto intercipitur, vid. & Vital. 2. *Var. Lect.* 16. Ræv. *ad L. 46. de R. I.* nimis reſtricte accipit *d. L.* 6. de furto facto ab ipſo locatore.

in princip. *D. de eviction.* Quapropter nec creditoris eſſe debet, quod propter hunc uſum contingit.

XIV. Quartum genus lucri, quod eſſe poſſit ex re commodata, depoſita, pignori accepta, eſt in actionibus, quæ ex hoc genere accipienti naſci poſſunt. Quales hæ ſunt, actio furti, quam pignore ſibi ſurrepto conſecutus ſit creditor, quamque etiam nunc habeat, nondum ea pœna exacta: actio ex vendito, quam idem pignore diſtracto, & necdum percepto pretio nactus ſit: vindicatio aut actio in factum adverſus eum emptorem, cui creditor pignus ita vendidit, ut vel ipſi vel debitori, ſi pecuniam offerret, pignus reſtitueretur. Quas omnes creditorem debitori cedere debere traditur in *L. ſi cum venderet*, 13. *L. eleganter*, 24. *§. si vendiderit*, *D. de pigner. actio.* Talis eſt & pigneraticia actio in hac ſpecie, ſi tibi rem meam commodavi, ut eam creditori tuo pignerares, cumque eam oppigneraſſes, & pecuniam ſolviſſes, eam non repigneres, ſeu creditor pignus non reddat. Habes enim hoc caſu pigneraticiam actionem adverſus creditorem tuum, quam actionem mihi cedere debes. *L. 5. §. nunc videndum, in quibus. D. commod.* Semper excipimus in hoc genere actionem furti, quam ex re commodata ſurrepta conſecutus eſt commodatarius, cuius lucro & pœnam ex hac actione cedere paulo ante oſtendimus.

XV. Notandum in ceſſione iſtarum actionum hoc diſcrimen, quod quædam ex his ceduntur ſine damno & ſumptu cedentis, quædam ita ut exerceantur cedentis ſumptibus. Quod quibus in actionibus accidat, hac nota diſcernendum eſt. Si qui rem accepit, actionem facto ſuo ſibi non accersivit, eam cedet ſine ſumptu ſuo. Qualis eſt furti actio, quam creditor ex pignore ſurrepto conſecutus debitori ſuo cedere cogitur, *d. L. ſi pignore*, 22. *D. de pigner. action.* Idem eſt, ſi actionem ſibi accersivit, ſed iure ſuo privato ſine iniuria eius, a quo rem accepit. Veluti ſi creditor pignus vendidit ſuo iure, & necdum pretium accepit, necdum etiam tradidit emptori. *d. L. eleganter*, 24. *§. ſi vendiderit*, *D. de piguer. actio.* Quod ſi quis actionem ſibi accersivit nullo privato iure, vel ita iure ſuo, ut cum iniuria dantis id faceret, quam iniuriam facto ſuo vitare potuerit, ita hæc omnis actio eſt, ut qui eam cedit, etiam in ea exercenda ſumptus factos agnoſcere debeat. Utputa; rem a me tibi commodatam, ut eam creditori tuo oppignerares, oppigneraſti. Et pecunia a te ſoluta, creditor tuus non reddit. Cedes mihi actionem pigneraticiam quam adverſus eum habes; ſed quam exerceam tuis ſumptibus, tanquam tibi commodo tuo accersitam nullo tuo privato iure. *L. 5. §. nunc videndum, in quib.* & *§. abeſſe, ſeq. D. commod.* Idem dicemus, ſi vendidit creditor pignus, & pretio non accepto rem tradidit emptori. Habet & hic actionem ex vendito, quam debitori cedere debeat, ſed ſuo ſumptu exercendam: quia fuit in eius poteſtate eam actionem non attrahere, ſi prius pretium acciperet, quam rem traderet. *L. eleganter*, 24. *§. ſi vendiderit*, *D. de pig. act.*

XVI. His præſtationibus poſitis, quæ ſunt propriæ principalis obligationis eius, qui in ſuperioribus contractibus rem percepit, ſi quidem omnia ſua ſponte ab eo præſtantur, non plures ſunt obligationis huius, & directæ actionis præſtationes. Quod ſi ea non præſtantur, prima hic quæſtio occurret, an ſemper, qui rem accepit, teneatur. Proxima ſi tenetur, quatenus teneatur. De quibus etiam nonnihil attingemus, ne conditio horum contractuum hac parte penitus ignoretur, de qua multa a veteribus ſub ipſis titulis horum contractuum tradita legimus. Plura ſuo loco de univerſo hoc genere inter liberationes dicturi. Ergo ſi res quæ præſtanda eſt exſtat integra apud eum qui ex ſuperioribus cauſſis obligatur, nulla res ab eo afferri poteſt, cur quod poteſt, & debet, ſolvere non debeat. Sin rem amiſit, aut deterior apud eum facta eſt, utemur hic lege & diſtinctione communi in omnibus debitoribus recepta, ut interſit, utrum quod accidit, acciderit caſu, an debitoris facto: & in eo facto utrom dolo eius, an culpa. Si caſu, hunc nullo iudicio præſtari. *L. quæ fortuitis*, *C. de pigner. actio. L. contractus*, *D. de regul. iur.* Si dolo, hunc contra omnes præſtare, & omnibus iudiciis, etiam ſi nulla utilitas debitoris in eo contractu verſetur, ut in depoſito. *L. 1. §. ult.* & *LL. ſeqq. D. depoſit.* Et præter dolum, etiam latam culpam, quæ dolo comparetur. *L. quod Nerva*, *D. eod.* Si culpa, ſervandum, quod ante diximus, ut hanc præſtent omnes, quorum utilitas in re accepta verſetur, ſive in totum, ut in commodato, ſive ex parte, ut in pignore. *L. 5. §. nunc videndum*, *D. commod. L. ſi cum venderet*, 13. *§. ult.* & *L. ea quæ, ſeq. D. de pigner, act.* non præſtent autem hi quorum utilitas nulla in

contractu agatur. Qualis eſt depoſitarius. *d. L.* 1. §. *ult.* & *LL. ſeqq. D. depoſit.* Hæc ita, niſi quid aliud convenerit tum de caſu, tum de culpa. Hic enim valere omnem conventionem. Unde dictum, contractus ex conventione legem accipere. *L. contractus, D de reg. iur. L.* 1. §. *ſi convenit, D, depoſit.* Unam hic conventionem excipi, ſi convenerit, ne dolus futurus præſtetur. Hanc enim turpem eſſe, ut quæ invitet ad delinquendum impunitate delicti propoſita. *d. L. contractus, de regul. iur. L. ſi unus,* §. *illud, D. de pact.* Hæc, de caſu, dolo, & culpa in his iudiciis, quia paſſim ſub his titulis, qui ſunt de hoc genere, occurrunt. Sed ſtrictim, ac velut per indicem. Quia utrum debitor his intervenientibus nihilominus teneatur, an liberetur, locus eſt communis ad ſolutionem & liberationem obligationis pertinens, ubi & de eo in commune opportunius dicetur.

XVII. Hactenus principalis obligatio commodati, depoſiti, pignoris, eiuſque obligationis præſtationes, quarum nomine tenetur directis actionibus, qui iſta accepit. Etiam, ut dixi, ſua dantis obligatio eſt, qua accipienti contrario iudicio, contraria actione tenetur. Hæc obligatio una & ſumma hæc eſt, ut ſi quid ei qui accepit, per cauſſam rei acceptæ & tractatæ abeſt, id ei ex bona fide præſtetur ab eo, qui dedit. Ut hoc modo indemnis præſtetur, qui accepit. Licet hanc obligationem ſummum intelligere ex eo, quod iudicium contrarium, in hoc genere contractuum dicitur eſſe de indemnitate eius, qui hoc iudicio experitur. Eſt hoc quidem traditum de iudicio contrario depoſiti in *L.* 5. in prin. *D. depoſ.* ſed ita, ut ad cæteras omnes actiones contrarias non minus pertineat. Quod declaratur in *L. furti,* §. *ult. D. de his qui not. inf.* cum ita traditur de iudiciis contrariis generaliter, in his non de perfidia agi, ſed de calculo. Calculus eſt ratio accepti & expenſi, ubi tantum præſtatur, quantum ſubducta ratione, & deducto eo, quod acceptum eſt, expenſum reperitur.

XVIII. Id quod accipienti propter rem acceptam abeſt, duo continet; damna per cauſſam eius contractus contingentia, & impenſas in rem acceptam factas.

XIX. Damnum quod hic præſtandum ſit commodatario, depoſitario, creditori in pignore, triplex eſt. Aut enim illis naſcitur a perſona dantis; aut a re accepta; aut a culpa & periculo horum ipſorum debitorum. A perſona dantis quodcumque damnum eſt in re data illatum ab eo præſtandum eſt. Contingit id intempeſtiva rei datæ ſubductione, vel ex eo, quod qui rem dedit, non præſtat in re, quod debuit. Intempeſtiva & damnoſa ſubductio eſt, veluti, ſi commodaverim tibi tigna ad fulciendam inſulam, & cum fulſiſſes, ego ante refectionem detraxerim, quo facto ædes corruerint. Id vero damnum iure a me repetes, tanquam per beneficii tui cauſſam datum; quia ſi negaſſes, vel emiſſem aliunde, vel aliter mihi tutius caviſſem. *L. in commodato,* 17. §. *sicut,* in fin. *D. commod.* Ut non præſtet in re data, quod debuit, is, qui dedit, accidit potiſſimum in pignore, si quid debitor de re affirmavit, quod non erat, veluti si aurum eſſe dixit, quod dabat pignori, cum æs eſſet; aut si rem alienam, vel pignori obligatam dedit ignoranti. Quibus nominibus etiam placet eum pigneraticia contraria teneri. Præter ſtellionatum, quem admisit, qui fefellit ſciens. *L.* 1. in fin. *L. ſi rem,* 9. in pr. *L. tutor,* 16. §. 1. *L. cum debitore,* 32. *L. si quis in pignore,* 36. *D. de pig. actio.* Et hæc ſi creditor ignoravit. Alioqui contra. *d. L. tutor,* §. 1. Idem eſt, ſi debitor aſtu recepto pignore tanquam aliquid facturus, illudat creditori. *L.* 3. *L. si pignore,* 22. §. *pen. D. de pignor. act.* A re accepta damnum contingit, cum rei datæ vitium damni cauſſam dedit. Veluti, ſi commodaverim tibi vas vitioſum, & infuſum quod erat, effluxerit; aut ſi commodaverim, vel pignori dederim ſervum furem, & is tibi furtum fecerit. Hæc item damna placet a me tibi præſtari debere, ſi tamen ſciens rem talem eſſe ignoranti dedi. De vaſe vitioſo commodato eſt in *L. in commodato,* 17. §. *ſicut,* in fin. *commod.* De ſervo 4 fure commodato in *L. pen. D. eod.* De ſervo fure pignori dato in *L. si ſervus,* 31. *D. de pigner. act.* A culpa accipientis eiuſdemque debitoris damnum eſt, cum commodatarius rem commodatam, creditor pignus acceptum perdidit. Iam dixi & commodatarium in re commodata & creditorem in pignore culpam præſtare debere, cui culpæ attribuitur furtum earum rerum. §. *quæ de fullone, Inſtit. de obl. quæ ex del. L. cum duobus,* 52. §. *damna, D. pro ſoc.* Quæ res facit, ut re deperdita ambo in æſtimationem rei teneantur. In

hoc

4) Ubi qui ſcivit talem eſſe ſervum, tenetur in ſolidum, detracta noxæ deditione *d. L. pen.* ignorans ſubiuncta noxæ deditione vel furti noxali, vid. Cuiac. 8. *ad Afric,* in *d. L.* 31.

hoc damno placet, ſi res quæ prius deperdita erat: aliquo caſu ad dominum redierit, eum aut rem præſtare debere iis, a quibus litis æſtimationem acceperat, aut eam æſtimationem his reddere. *L. in commodato*, 17. §. *ult.* *D. commod.* ſumptum ex regula naturæ, quæ efficit, bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.*

XX. De impenſis in rem acceptam factis ita placuit. Eas & commodatarius, & depoſitarius, & creditor, ſi [5] neceſſariæ fuerint, repetunt. *L. ſi neceſſarias*, 8. in pr. *D. de pig. act.* *L. in rebus*, 18. §. *non poſſunt*, *D. commod.* Exceptæ in commodato ſervo, aut animali cibariorum impenſæ, item modica impendia in valetudinem ſervi commodati, aut ad eum qui in fuga erat, requirendum facta. Modica accipe, quæ cibariorum impendia non excedant. Quæ omnia ideo placet naturali ratione ad onus commodatarii pertinere, quia & commodo rei utitur. Hoc in *d. L. in rebus*, 18. §. *poſſunt*, *D. commod.* Utiles impenſas non aliter iſti repetunt, quam ſi aut inchoata a domino abſolverint, aut voluntate eius inchoarint, & perfecerint, aut dominus facile eos ſumptus ferre poſſit, ut ne propterea cogatur rem vendere. Exſtat hæc diſtinctio in *L. ſi ſervos*, 25. *D. de pigner. act.* Quæ utiles non ſunt, nullo iudicio repetuntur. *L. ſi pignore*, 22. §. *ult.* *D. eod.* Merito autem de his impenſis contrario iudicio agitur; quia & hæ propter commodatum, depoſitum, pignus impendenti abſunt. Pertinet enim ad omnium officium, qui iſta acceperunt, bonam fidem in re accepta præſtare, etiam ſi ſit depoſitarius tantum. Atque huius bonæ fidei eſt, rem non negligere, ſed quod pro tuo capiu poſſis, id ad rem tuendam facere. *L. quod Nerva*, 32. *D. de poſ.*

XXI. Superiora hæc deſideranti ſi præſtantur, obligationi contrariæ ſatisfactum eſt. Si non præſtantur ſponte, nihilominus una hæc condemnatio eſt, ut quanti ideſt, quod abeſt, in tantam æſtimationem qui commodavit, depoſuit, pignus dedit, contrario iudicio damnetur. Meminerimus enim ſemper, in contraria actione de indemnitate actoris agi. Quod nihil aliud eſt, quam in ea id agi, ut quod actori abeſt, id ei præſtetur. Itaque quibus pœnis diximus augeri contumaciam non reſtituentis in directis iudiciis, ſciamus eas omnes ceſſare adverſus reum in iudiciis contrariis, ut non alia bic confitentis, alia inficiantis aut recuſantis pœna ſit. Et hoc eſt, in iudiciis contrariis non iuratur in litem, ut in directis. *L.* 5. in princ. *D. de poſ.* Nec in bis ulla ex cauſſa ne ex depoſiti quidem, de eo, quod abeſt, dupli condemnatio eſt: *L.* 1. §. 1. *D. de poſ.* Poſtremo nec ex his damnatum infamia ſequitur. *L. furti*, §. *ult.* *D. de his qui not. inf.* §. *ex quibuſdam*, *Inſt. de pen. tem. litig.*

[5] Quæ fiunt perpetuæ utilitatis cauſſa, non temporalis, quæ quotidie repetendæ; Regula enim ut qui percipit commodum, ei quoque adiunctum onus ferat. Don. *ad Rub. Cod. de Commod. n.* 22. vid. Duat. *ad Tit. D. Commod. Cap.* 5. & 6. Mozz. *de Commod. Col.* 4. *de Naturalib. n.* 8. & *ſeq.*

C A P. IV.

De dote. Quid ſit; Quomodo conſtituatur: ubi deſinat; Quod ius mariti & uxoris in dote: Quæ ex dote data obligatio; & quodnam hic genus contractus.

Nexus, & ratio ordinis. I.
Dos quid ſit. Partitio a cauſſis. II.
Dotem efficit non res promiſſa, ſed tradita. III.
Dotis traditio aut naturalis, aut civilis. Qualis utraque. IV.
Peragitur inter maritum & uxorem. Quæ utriuſque munia. V.
Dos datur 1. *propter nuptias. Hoc quale ſit.* VI.
2. *Ea conditione ſeu lege; ut fiat mariti. Et hoc quandiu.* VII.
3. *Pro oneribus matrimonii. Quid iuris iſto nomine tribuatur in dotem marito.* VIII.
Æſtimatas res in dotem datas pleno iure pervenire in mariti dominium. IX.
Inæſtimato traditas præter rei vindicationem, & ius utendi fruendi nullam dominii partem tribuere marito. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Dotis reſtituendæ obligatio ex eo contractu, cui præter conventionem res tradita formam tribuit. XIII.
Niſi intervenerit ſtipulatio. XIV.

I. Etiam dotis reſtituendæ obligatio re contrahitur, eodem plane modo, quo in mutuo, rebus in dotem datis, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; aut in commodato, depoſito, pignore, in dotem datis rebus certis, ut natura rei non patiatur, huius reſtitutionis obligationem a ſuperioribus contractibus divelli. Id definitione verbi cognita facilius intelligetur.

II. Dos eſt [1] res quævis uxoris nomine marito data propter nuptias, ut dum nuptiæ ſtabunt, fiat mariti pro oneribus matrimonii, quatenus neceſſe eſt ab eo ita haberi ad matrimonii onera inde ſuſtinenda. Obſerventur hic res ſeu cauſſæ, quæ dotem conſtituant. Sic partibus ſeparatim cognitis, facilior & certior erit totius cognitio. Cauſſæ hæ ſunt; Res, in qua dos conſiſtit; Datio huius rei; Perſonæ, inter quas hæc datio peragitur, & finis dandi. Dos eſt res quævis. Quippe dotem res omnes recipiunt, nihil ut interſit, corporales ſint, an incorporales, ut uſusfructus & quæ ſunt in nominibus: & ex corporalibus, utrum mobiles, ſeu ſe moventes, an immobiles. *L. unica*, *§. exactio*, *C. de rei ux. act.*

III. Eſt res, [2] non de qua convenit, ut doti eſſet; ſed quæ in eam cauſſam data eſt marito. Ut iam hinc intelligatur initium obligationis reſtituendæ dotis, non ex conventione, ſed ex re tradita initium ſumere. De quo mox plura. Poteſt quidem dos marito promitti, ut hoc conſenſu ſecutis nuptiis dos debeatur. *L. ad exactionem, C. de dot. promiſſ.* Sed hæc dotis promiſſio eſt, non dos. Inter quæ multum intereſt. Promittitur enim dos futura. Dos niſi præſens nulla eſt: cum ſcilicet quod doti deſtinatum erat, traditum ad maritum pervenit. Unde prædium dotale definitum, cum dominium marito quæſitum

1) Ita & Zaſ. *ad Rub. Sol. Matrim. n.* 14. definit Rem quæ per uxorem vel eius nomine marito ratione matrimonii tradita eſt, vel promiſſa; & *n.* 16. *& ſeqq.* dotem non eſſe ius univerſale contendit contra Bartolum, & alios, quia ius univerſale proprie ſit quod abſtrahatur a rebus & ſine ullo corpore eſſe poteſt *L.* 50. *de pet. her. L.* 7. *de pecul.* Quia ius univerſale non vindicatur, dos autem ita *L.* 30. *C. de I. dot. hoc tit.* Et quid ſi ſolus fundus detur in dotem; num unicum corpus erit ius univerſale? Ius univerſale ſeparari poteſt a ſingularibus; tolle res dotales, quid ſupererit Eſſe quidem dotem aliquo ſenſu ius incorporale, ſed non univerſale. Augeri dotem poſſe *L.* 31. *§. ult. Sol. Mat.* verum & feuda augeri, & fundum alluvione, quæ nemo iura univerſalia eſſe dicet. Hæc & alia Zaſius, cuius opinionem & 8. rationibus firmat Fach. 10. *Cont.* 31. Sed eandem refellit A. Guib. *de Dotib. C.* 2. Cuiac. *in Par. h. t.* & Duar. *ad Rub. Sol. matr. t. de dotib. C.* 1. *in pr.* generis loco pecuniam ponunt, quod reprobat Vult. *in Pr. I. Quib. al. lic. n.* 8. *& ſeqq.* ac inter res ipſas dotales & dotem ſeu ius in rebus, ab iiſque tanquam adiunctum a ſubiecto differens, diſtinguendum monet *&* 1. *Diſc.* 19. Dos quid ſit vid. & Gribald. *ad Rub. Sol. matr. Q.* 11. Vacon. 6. *Declar.* 93.

2) Quam tamen & vere dotem eſſe vult Zaſ. *ad Rub. Sol. matr. n.* 15. *per tit. Cod. de dot. promiſſ. & tit. de dote cauta non num.* & probat Fach. 10. *Contr.* 34. & fere Cuiac. 14. *Obſ.* 9. Sed reprobat A. Guib. *de Dotib. C.* 2. *n.* 11. *& ſeqq.* Utut ſit, ubi de dote reſtituenda agitur, *ut hic*, dotis nomine venire non poſſe evidens eſt. Quando autem idem ius in dote promiſſa quod in tradita, vid. Tiraq. *de Retr. convent. ad fin. tit. n.* 32. *& ſeqq.* Sane non omnia uxoris bona iure Civili dotalia cenſentur, ne illata quidem. Gomez. *in L. Tauri* 50 *&* 3. *ſeqq. n.* 17. vid. Mozz. *de Matrim. Col.* 4. *n.* 2. *&* 3. late Menoch. 3. *Præſumpt*, 6. Toming. *Deciſ.* 30. Nam præter dotem parapherna habebat uxor. *L.* 9. *§. ult. hoc tit.* & Receptitia, vid. Cuiac. *ad tit.* 6. *Ulp.* Ræv. *de Auct. Prud. Cap.* 4. Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 39. Et raro omnia bona in dotem data fuiſſe tametſi licuerit *L.* 4. *Cod. hoc tit.* apparet ex eo quod contra dationem omnium bonorum in dotem mulier in integrum reſtituitur *L.* 1. *Cod. ſi adv. dot.*

tum eſt, ſeu cum prædium ad eum pervenit. *L. dotale*, 13. *§. dotale*. *L. si nuptura*, *ſeq. §. penul. D. de fund. dot.* Quod si ante dos eſſet, eſſet utique & ante prædium dotale, cum dotale sit omne, quod eſt dotis. Atque hinc initium & cauſſa dotis conſtituendæ, ut si quis quærat, quomodo & quando dos conſtituatur, recte reſponſuri simus tunc conſtitui, cum res doti deſtinata, in hanc ipſam cauſſam marito data eſt. Non diſtinguimus, quando hic res detur dotis nomine, ut intelligatur, nihil intereſſe, quando in eam cauſſam res data sit. Nam & ante nuptias & nuptiis contractis dari poſſe, ut sit dos; & quemadmodum ab initio dos conſtante matrimonio dari poteſt: sic & ante datam conſtante matrimonio augeri poſſe. *L. ult. §. 1. Cod. de donation. propter nupt.* Sed & illud datum, quomodo hic accipiendum sit, conſiderandum eſt.

IV. Sciendum vero eſt, dotem marito datam videri dupliciter; Naturaliter, & Civiliter. Naturaliter datur marito, cum re ipſa ei tradirur quod in dotem habeat: quomodo vere & maxime proprie rem dari conſtat. Civiliter dari intelligitur, quæ cum revera tradita non ſit, tamen iure pro tradita habetur. Quod accidit bifariam. Uno modo si maritus dote ab alio promiſſa, eam [3] pro accepta habeat, promiſſorem per acceptilationem, aut nuda conventione liberando. *L. promittendo*, 41. in pr. & §. 1. *L. si ei nuptura*, 25. *D. de iur. dot.* Altero modo, ſi dote a debitore mulieris promiſſa, per maritum factum ſit, quominus tempeſtive promiſſam exigeret, & inter moras promiſſor ſolvendo eſſe deſierit. Hanc culpam & periculum quia præſtat maritus, fit, ut videatur dotem accepiſſe, quam non accepit. *L. si extraneus*, 33. *D. de iur. dot. L. Mævia*, 49. *D. ſol. matr.* Diverſum eſt ſi dos a muliere, aut ab eo, cui mulier ſucceſſit, promiſſa ſir, quam maritus non exigendo amiſerit. Non enim convenit, quod vir ab uxore exigere non potuit, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. *L. pen. §. ult. L. nupta*, 30. *§. 1. D. ſol. matrim.*

V. Perſonæ, inter quas ſuperior datio peragitur, ſunt maritus & uxor. Marito dos datur. *L. ult.* 2. reſp. *C. de donat. prop. nupt.* Hic enim eſt, qui matrimonii onera ſuſtinet. Dos autem his ferendis deſtinata eſt. Si tamen alii data erit volente marito, ut patri eius, perinde haberi debet, quaſi ei data eſſet. Res datur nomine uxoris. Maxime quidem ſi ipſa cum ſui iuris eſſet, de ſuo dederit. *d. L. ult. C. de donat. propt. nupt.* Sed ita, ut nihil referat utrum det ipſa, an alius eius nomine, ſive pater, ſive extraneus quivis. Uſque adeo, ut ſi quis alius eius nomine ſimpliciter dederit, de dote sibi reſtituenda ab initio nihil pactus, dos efficiatur propria mulieris, quaſi ipſa ſuo nomine dediſſet. De quo poſtea in exactione dotis. *L. ex morte*, *§. ult. C. de pact. convent. L. unica*, *§. accedit. C. de rei ux. act.*

VI. Sequitur finis dandi. In quo inſunt hæc tria, ut detur res [4] propter nuptias: detur ita, ut fiat mariti, dum matrimonium ſtabit: detur autem pro oneribus matrimonii, quatenus ad ea ſuſtinenda ita haberi neceſſe eſt. Primum datur hic res non ſimpliciter, ſed propter nuptias, *d. L. ult.* 2. reſp. *C. de donation. propter nupt.* Conditio ita dotis propria, ut ſine matrimonio dos eſſe non poſſit. *L. 3. D. de iur. dot. d. L. ult. C. de donation. propter nupt.* Unde & promiſſio dotis quamvis ſimpliciter interpoſita, ſemper vi ſua tacitam conditionem habet, ſi nuptiæ ſequantur: ut nec prius agi poſſit, quam nuptiis ſecutis, & his non ſecutis, quaſi deficiente conditione nulla sit actio. *L. ſtipulationem*, 21. *D. de iur. dot.* Qua ratione & illud placuit, inutilem eſſe promiſſionem dotis, cum mulier dotem promittit mortis cauſſa; quia, inquit Tryphoninus, niſi matrimonii oneribus ſerviat, dos nulla eſt. Hoc ille in *L. ſi pater*, 76. In fin. *D. de iur. dot.* Significat, dote mortis cauſſa a muliere promiſſa, nullam promitti dotem, quæ matrimonii oneribus ſerviat, ſeu quæ detur propter nuptias, ex quo recte colligit, nullam promitti. Id autem sic efficitur. Nam quod mortis cauſſa promittitur, non prius ratum eſt, quam mors ſecuta ſit promiſſoris. Morte enim donatoris huius generis donationes primum confirmantur. *L. non videtur*, 32. *D. de mort. cau. don. L. antep. C. de donat. int. vir. & ux.* Sic fir, ut mulier mortis cauſſa dotem promittens intelligatur tunc

3) Confeſſio vero dotis receptæ quando marito, quando item creditoribus noceat vid. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 86. *& in L.* 50. *&* 3. *ſeqq. n.* 52. Covar. 1. *Reſol.* 6. *n.* 4. *& ſeqq.* Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 82. *& n.* 88. Menoch. 3. *Præſumpt.* 12. *& ſeq.* Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 46. Fach. 8. *Contr.* 86. *& ſeq.* Coler. *de Proc. exſec. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 103. *& ſeqq*

4) Dos non eſt ſine nuptiis *L.* 3. *hoc tit.* Vocatur tamen ita dirempto matrimonio, donec legitime reſtituta, Zaſ. *ad Rub. Sol. matr. n.* 8. *& ſeqq.* ſed vid. A. Guib. *de Dotib. C.* 2. *n.* 15. *&* 2. *ſeqq.*

tunc certo promittere, cum mortua erit. Atqui illa mortua, cum ea matrimonium eſſe non poteſt. Sequitur igitur, ut & in id tempus promittere intelligatur, cum nulla ſit dos ſine matrimonio, & ut Tryphoninus loquitur, nulla, niſi quæ oneribus matrimonii ſerviat. Confirmat hanc interpretationem *L. Iulianus*, 20. *D. de iur. dot.*

VII. Eadem res ita datur propter nuptias, ut fiat mariti. Unde & maritus dominus dotis eſſe dicitur. *Inſt. quib. al. lic. vel non*. Atque hinc etiam illi vindicatio rei dotalis: *L. doce*, *C. de rei vindic.* Quæ actio niſi domino proprie non competit. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed quæ res datur propter nuptias, & pro oneribus matrimonii, perſpicuum eſt de ea id agi, ut fiat mariti, non longius, quam quandiu matrimonium ſtabit, & perſeverabunt onera matrimonii. Ideo matrimonio ſoluto, & dos eſſe desinit, & dominium rerum dotalium a marito recedit. *L. in rebus*, *C. de iur. dot.* Ut vere dicturi ſimus, quemadmodum dos data a nuptiis incipit: ſic nuptiis ſolutis finem accipere.

VIII. Poſtremo hic res datur, non ſimpliciter ut fiat mariti, ſed ita, ut ſit apud eum pro oneribus matrimonii. *L. pro oneribus*, *C. de iur. dot.* Hoc quoque ita proprium dotis, ut nulla ſit dos, quæ matrimonii oneribus non ſerviat. *d. L. si pater*, *76.* in fin. *D. de iur. dot.* Ergo huc uſque progreditur datio dotis, ut nihil in ea amplius fiat mariti, quam quatenus neceſſe ſit rem ab eo haberi ad onera matrimonii inde ſuſtinenda: id quod definitione hactenus complexi ſumus. Videndum igitur, quatenus neceſſe ſit ad eam rem dotem fieri mariti: unde intelligamus hactenus eum dominum eſſe dotis; ultra id dominum non eſſe.

IX. Et de hoc iure dominii dotis ex conditione rei in dotem datæ æſtimandum eſt. Multum enim intereſt, utrum res in dotem dentur, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, an aliæ; & in aliis utrum æſtimatæ dentur, an non æſtimatæ. Quæ pondere, numero menſurave conſtant, hæ in dotem datæ pleno inre fiunt mariti, non ſolum, ut vindicare poſſit tanquam ſuas, ſed & alienare, & de his quidvis ſtatuere pro arbitrio: tantumque in his hæc obligatio contrahatur, non ut eædem res reddantur, ſed aliæ eiuſdem generis & bonitatis: eodem plane modo, quo in mutuo fieri diximus. *L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* De quo amplius dicendum erit in dotis reſtitutione. Et res cæteræ æſtimatæ in dotem datæ eodem iure ad maritum tranſeunt non tanquam in dotem datæ, ſed tanquam marito venditæ, ut eodem loco opportunius infra dicetur. *L. plerumque*, 10. *§. peu. D. de iur. dot. L. unica*, *§. cumque* in fin. *C. de rei ux. act.* Ut in his duobus generibus rerum in dotem datarum, non ſit, cur reformidemus ſine exceptione pronuntiare, maritum pleno iure iſtarum rerum dominum fieri, ut poſſit, quidquid libet de his ſtatuere; nec unquam de his rebus uxori ſit actio adverſus maritum, aut ullos alios poſſeſſores.

X. Quæ autem ſpecies non æſtimatæ in dotem dantur, hæ non ſic fiunt mariti, ut pleno iure ſint eius. Tantum hic ex univerſo dominii iure duo marito tributa ſunt; rei datæ vindicatio, &[5] utendi fruendi ius. Vindicationem indicat *L. doce*, *C. de rei vind.* Fruendi ius intelligitur ex eo, quod fructus dotis dicuntur mariti eſſe pro oneribus matrimonii. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Quamobrem hæc duo illi tributa, dicam paulo poſt. Ante oſtendamus nihil ex reliquo dominii iure ad maritum pertinere; atque adeo eum vere dotis dominum non eſſe, de quo inter interpretes tandiu quæſitum & certatum eſt. Quod ex effectis & attributis veri dominii cognoſcemus. Dominorum in re ſua hæc ſunt quatuor: perpetuitas iuris; alienandi poteſtas; quodcumque ex re ortum ſit, aut ei acceſſerit, id habere: rem cuius dominus quis ſit, ſibi habere, non alii. Nihil horum mariti rebus certis in dotem ſimpliciter datis. Non eſt igitur maritus vere dominus dotis. Singula conſideremus. Primum omne dominium ſemel alicui quæſitum, perpetuum eſt: ut niſi facto domini ab eo non recedat. *L. id quod noſtrum*, *D. de regulis iur.* Non ſic res dotalis in dominio mariti, quæ ſimul atque matrimonium ſolutum eſt, mariti eſſe deſinit ipſo iure; & quidem ita, ut nunquam eius fuiſſe videatur, ſed ſemper in dominio uxoris manſiſſe. *L. in rebus*, *C. de iur. dot.* Iam quandiu dominium perſeverat, domino, qui rerum ſuarum adminiſtrationem habeat, rei ſuæ alienandæ ius eſt: ſi modo recte dicitur u-

num-

5) Hinc eſt quod ſi conventum ut fructus in dotem convertantur, pactio non valere videatur, quia videlicet nullum ex dote commodum maritus ſentiat. Diſtinguendum tamen, ut in *L. 4. de pact. dotal.* de quo A. Fab. 6. *Conject. ult.* A. Guib. *de Dotib. Cap. 1. n. 6. & ſeqq.*

Digitized by Google

numquemque eſſe moderatorem & arbitrum rei ſuæ. *L. in re, C. mand.* Alienatio dotis marito eſt interdicta. *Inſtitut. quib. al. lic. vel non.* in princip. Solum conceſſa ſervorum dotalium manumiſſio, libertatis favore; & hoc tantum quatenus maritus ſolvendo eſt, *L. ſervum dotalem, D. de manumiſſ. L. 3. C. de iur. dot.* Præterea ſi quis eſt dominus rei; etiam dominii iure ad eum pertinent omnia tam quæ rei accedunt, quam quæ ex re naſcuntur; ſive ſint in fructu, ſive non ſint. At ſi quid non eſt in fructu dotis, id ad maritum non pertinet. *L. unica, §. cumque*, in fin. *C. de rei uxor. act.* Qua ratione theſaurum in fundo dotali a marito inventum placuit non fieri eius in ſolidum, ſed pro parte tantum, quaſi in alieno inventum. *L. fructus, 7. §. ſi fundum, D. ſol. matr.*

XI. Poſtremo quiſquis rei vere dominus eſt, id quod habet, ſibi habet, non alii; ſuo commodo rem ſervat, ſuo incommodo negligit ita, ut si quid ex eo damni ſit, nulli eius rei rationem reddere debeat, nec cuiquam eo nomine teneatur. Contra maritus fundum dotalem & ſpecies cæteras non æſtimatas in dotem datas ita habet, ut tanquam res alienas ad fidem eius pertinentes curare debeat, rationem omnium redditurus ſoluto matrimonio, & in his præſtaturus dolum & culpam, & quantam ſolet in ſuis rebus adhibere diligentiam. *L. in rebus, 17. D. de iur. dot. L. ſi cum dotem, 24. §. ſi maritus, D. ſol. matrim.* Ne igitur maritum rei dotalis proprie dominum eſſe dixerimus, cui tam multa dominii propria detrahi videmus. Id certius etiam ita eſſe ſtatuemus, ſi animadverterimus conſtante matrimonio alii dominium tribui. Neque enim duo eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſunt. *L. 5. §. ult. D. commodat.* Quis ergo dominus dotis etiam conſtante matrimonio? Re vera uxor ſola. Iam primum hoc multis locis teſtatum eſt. Quo pertinent hæ ſententiæ: Dotem, etſi in bonis mariti eſt propter actionem, quam habet dotis perſequendæ cauſſa: tamen eſſe mulieris. *L. quanvis, 75. D. de iur. dot.* Item, Dotem eſſe proprium patrimonium filiæfamilias etiam conſtante matrimonio. *L. 3. §. ergo, D. de minor. L. pater, 71. D. de evictıon.* Et quod ſine ulla ambiguitate ſcriptum eſt in *L. in reb. C. de iur. dot.* res dotales ſicut ab initio uxoris fuerunt, ita & nuptiis ſecutis naturaliter permanſiſſe in eius dominio. Subtilitate quidem legum tranſitum earum rerum in patrimonium mariti fieri videri; ſed non ideo veritatem rei deletam vel confuſam eſſe. Ubi opponens Imperator veritatem rei ſubtilitati iuris, ſatis aperte ſignificat non eſſe in re atque hoc dominio id quod ſubtilitas iuris marito tribuere videbatur. Hinc & illa dominii effecta uxorem ſecuta, Quod re dotali evicta, ei actio ob evictionem datur. *d. L. quanvis, 75. D. de iur. dot.* Quod quæ rei accedunt, quæque ex re naſcuntur, ſi non ſint in fructu, cedant mulieri, ut ſuo loco dicetur. *L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.* Quod ei res dotales curantur, ut eas quandoque maritus ſalvas & integras illi reſtituat ſoluto matrimonio. *d. L. in rebus, 17. de iur. dot.* Tantum ei ad iuſtum & plenum dominium deeſſe videtur rei dotalis vindicatio. Nam hæc ei denegatur diſerte in *d. L. doce, C. de rei vind.* Quam tamen domino competere inter omnes convenit. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionem, D. de obl. & act.* Sed ne hæc quoque pars deſideretur in dominio mulieris, non inſcite dici poteſt, etiam eam habere vindicationem rei dotalis: non quidem per ſe, quod negatur in *d. L. doce.* ſed per interpoſitam perſonam mariti. Maritus enim rem dotalem vindicat; ſed uxori, non ſibi. Vindicat enim, ut rem habeat. Habet, ut curet. Curat, ut cum pro officio boni viri uſus fuerit, integram quandoque ſoluto matrimonio mulieri reſtituat. Ut hæc eius cura in rebus dotalibus & obligatio eſt. *d. L. in rebus, 17. D. de iur. dot.* Ut recte dici poſſit vindicationis exercitionem eſſe mariti, emolumentum mulieris; quod & emolumentum Tryphoninus mulieri tribuit in *d. L. quanvis, 75.* in fin. *de iur. dot.* Cur ergo non ipſi mulieri potius recta vindicationem damus? finis ſummus doti datæ propoſitus in hanc neceſſitatem rem adduxit. Finis hic eſt, ut ſit dos apud maritum, unde habeat, quo ſuſtineat onera matrimonii. Id ita conſequitur maritus, ſi fructus ex re percipiat, qui ad eam rem conferantur. Percipere autem non poteſt, niſi rem habeat ad eum uſum ſibi paratum, cum velit. Nec vero poteſt ita habere, nisi ſit ius eius rei retinendæ & vindicandæ. Ita fruendi facultate in dote marito conſtituta, vindicatio ſecuta eſt, non quæ vere dominum eum faceret, ſed quæ fruendi facultatem magis confirmaret.

XII. Hic obiiciuntur illi loci, quibus dominium rei dotalis marito tribuitur. Mitto, quod Tryphoninus ſcribit dotem eſſe in bonis mariti. *L. quanvis, 75. D. de iur. dot.* Dici enim poteſt ideo eſſe in bonis eius, quia is actionem habeat rei per-

Digitized by Google

perſequendæ cauſſa, neque ideo tamen eum dominum eſſe. Quia generaliter dicatur res eſſe in bonis noſtris, quoties poſſidentes exceptionem; aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus. *L. rem in bonis*, 52. *D. de acq. rer. domin.* Hoc autem multo alii plures habent, quam domini. *L. bonorum*, *D. de verb. ſign.* Et vero hoc ſenſit Tryphoninus, qui cum dixiſſet dotem eſſe in bonis mariti, ſubiicit, tamen eam eſſe mulieris: aperte ſignificans aliud eſſe rem in bonis alicuius eſſe, & rem ſimpliciter dici eius. Prætereo igitur ſuperiorem locum Tryphonini, qui facile hic eludi poteſt. Illi loci urgentur, quibus dominium mariti in dote non obſcure ſtatuitur. Dicitur rei dotalis dominium marito quæſitum in *L. ſi prædium*, *C. de iur. dot.* Idem aperte dicitur dominus fundi dotalis. *Inſt. quib. al. lic. vel non.* Et quid eſt, eum rem dotalem vindicare poſſe, niſi eum eſſe dominum: cum vindicatio niſi domino non détur? *L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed & quod maritus ſervos dotales manumittere poteſt. *L. ſervum dotalem*, *D. de manumiſſion.* *L.* 3. *C. de iur. dot.* an non certum argumentum eſt, eum vere dominum eſſe? certi enim iuris eſt, eum qui dominus non ſit, manumittendi ius non habere. *L.* 4. *C. de his qui a non dom. manum. ſunt.* Ad hæc omnia unum ſit nobis hoc reſponſum, maritum dotis dominum eſſe non ſimpliciter, ſed [6] modo quodam, & ex parte, nempe vindicatione tenus, & fruendi poteſtate; in ſervis autem etiam manumittendi & iubendi iure. Cætera dominii eius non eſſe: ut vere & ſimpliciter dominus dici non poſſit nec iure gentium, nec iure civili. Amplius dicimus, ne eam quidem vindicationem, quæ dominii eſt, proprie eum habere. Habet enim, ut ante dixi, non ſibi, ſed uxori. Ex quo eſt, quod dicitur in *d. L. in rebus*, *C. de iur. dot.* ſubtilitate iuris in maritum dominium tranſire videri, ſed veritatem rei aliter ſe habere. Cur ergo videtur? quia ius vindicationis exercitionem marito tribuit, quæ poteſtas domini eſſe ſolet. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Cur autem non ideo re vera dominus eſt, qui hactenus videtur eſſe? quia unamquamque rem ex effectu & emolumento ſuo æſtimare debemus. At emolumentum huius actionis, ut & totius dotis, eſt uxoris, ut ante diximus. *d. L. quamvis*, 75. *D. de iur. dot.* Idem de manumittendi & iubendi iure in ſervis licet dicere. Servos dotales maritus manumittere poteſt: ſed favore libertatis, & præterea his conditionibus, quæ facile declarent rem hic geri uxori, non marito. Nam primum ita manumittere poteſt, ſi maritus ſolvendo ſit, *d. L. ſervum dotalem*, *D. de manumiſſion.* Tum autem ſervis dotalibus a marito manumiſſis, quæ iure patronatus ad eum pervenerunt, ea uxori reſtitui debent, non aliter, quam ſi ab ea ſervi manumiſſi eſſent. *L. ſi conſtante*, 24. §. *ſi vir.* *L. dotalem*, 61. *D. ſol. matrim.* Sed & ſi qua hereditas defertur ſervo dotali, mariti eſt iubere, ut ſervus aut omittat hereditatem, aut adeat: ſed utrumque ita, ut uxori hoc officium præſtet, cui poſtea ſoluto matrimonio rationem reddere debet, ſi quid in eo ſecus quam expedit, fecerit. *L. ſervus*, 58. *D. ſol. matrim.* Sic fit omnino, ut vere dicturi ſimus, dominium iſtud dotis,

6) Variæ hic ſunt ſententiæ. Alii diſtinguunt inter dominium naturale & civile. Vac. 3. *Declar.* 49. *n.* 15. alii inter bonitarium & Quiritarium. Perenn. 2. *Anim.* 2. illud marito, hoc uxori tribuens Hut. *in pr. I. Quib. al. lic.* qui contra maritum dominum nudo nomine & iure Quiritum, uxorem vero cum re & effectu. A. Fab. *ad L.* 8. §. 1 *Qui ſatiſd.* qui olim maritum bonitarium dominum fuiſſe ſtatuit, uxorem Quiritariam, hodie contra *L.* 30. *Cod. hoc tit.* mulieri verum & naturale, marito civile & fictitium dominium tribuit. At *tit. C. de nudo iur. Quir. toll.* hanc diſtinctionem explodit. Cuiac. 10. *Obſ.* 32. inſpecto initio maritum dominum eſſe, effectu uxorem, quia plerunque ſoluto matrimonio ad eam redit. Alc. *in L.* 17. *de acq. poſſ. in fin. n.* 17. vocat dominium mulieris ἐν [illegible] ſicuti ſui heredis vivo patre, & fere, P. Greg. 9. *Synt.* 18. Zaſ *in Par. de R. V. n* 13. Uxoris dominium quod iure naturali habeat inumbratum eſſe dum durat nexus iugalis, ut quoad actiones exercendas cæteroſque effectus maritus pro domino habeatur. Vult. 1. *Diſc.* 19. inter rerum dotalium & iuris in illis rebus conſtituti dominium diſtingnit. Sed illius ſententiam convellit, *pr. I. Quib. ex ca. al. lic.* ubi ex inſtituto Imperatoris liquet proponi regulæ illius, quod cuivis domino alienare liceat, exceptio in marito, qui quamvis dominus, non tamen alienare poſſit. Ideoque tropo metonymiæ nullus ibi locus, Regulæ enim non conveniret exceptio. Quin imo ipſa dos fere mulieris eſſe dicitur *d. L.* 71. *de evict. d. L.* 75. *hoc tit.* res vero dotales mariti. Pluribus eam diſtinctionem confutat M. Lyclama *Lib.* 7. *Membran. ecloga* 26. Quid enim ſi iura in dotem data ut uſusfructus, & ſimilia, anne tunc erit marito dominium iuris in iure, &c. Io. del Caſtillo *Contr. Quotid. de Uſufr. Cap.* 4. multis hinc inde agitatis, tandem *n.* 36. mulieris eſſe verum dominium, id autem aliquando tribui marito fictione quadam, iuris, vel propter commodum fructuum, & adminiſtrationem. Quicquid vero interpretes quantumque varient, maritum rerum dotalium verum dominium conſtante matrimonio habere verius ſemper putavi. Nam & quibuſcunque cauſſis traditio non domini uſucapiendi facultatem: iiſdem veri domini traditio dominii ius transfert *L.* 74. *de Contr. empt. L.* 11. §. 2. *de act. empt.* §. 5. *in fin. I. Per quas perſ.* At uxor caſibus quibus domina non eſt transfert uſucapiendi conditionem *t. t. D pro dote.* Unde & marito competit Publiciana *L.* §. 1. *de Public.* certe non ratione iuris alicuius in re, ſed ipſius rei dotalis. Nec obeſt quod perpetuitas deficit. Quia id tum alias crebro accidit ut ex cauſſa dominium etiam ipſo iure recedat *tit. D. de in diem add. & de leg. commiſſ.* *L.* 8. *Cod. de rev. don. &c.* tum hic fit præter votum coniugum *L.* 1. *hoc tit.* Verum pluribus hæc firmare dubiiſve omnibus occurrere quia inſtitutum non ſinit, adeat lector Marc. Lyckla. *d. d. Lib.* 7. *ecl.* 26. & *Lib. ſtudioſ. iuris Velit.* 1. *Contr.* 6.

Digitized by Google

tis, quodcumque eſt, quod marito in ſuperioribus rebus tribuitur, magis apud maritum depoſitum videri, quam in eum translatum. Neque de eo aliter loquitur Tryphoninus in *d. L. quanvis, 75. D. de iur. dot.* qui dominium apud maritum eſſe ſcribit, cuius emolumentum sit mulieris. Non dicit dominium eſſe penes maritum, quasi quod sit illius vere; ſed eſſe apud maritum, quasi apud eum depoſitum dicas, quod ſuo tempore ſalvum & integrum reſtituere debeat.

XIII. Intelligitur iam ex hac definitione, quæ hic obligatio conſtituatur accepta dote, & unde, & quo genere contractus; id quod iam ab initio propoſuimus. Obligatio hic conſtituitur eadem, quam in mutuo, commodato, depoſito, pignore conſtitui ante diximus: nimirum ut dos data quandoque reſtituatur. *L. 2. D. ſol. matr.* alias eadem ſpecie, ut in commodato, depoſito, pignore: alias eodem genere, quod ſit eiuſdem quantitatis & bonitatis, ut in mutuo; de quo in reſtitutione dotis dicetur. Unde igitur hæc obligatio reſtituendæ dotis? Ex contractu, quia ex conventione. Ubi autem illa conventio? Dixi ſupra intelligi ex fine rei datæ, ſimiliter ut in ſuperioribus contractibus, quos re fieri dicimus. Quemadmodum enim cum mutuum aut commodatum damus utendi cauſſa, ex eo intelligitur id agi, ut finito uſu res reddatur: ſic in dote cum res datur propter nuptias, & ut oneribus matrimonii ſerviat, atque hoc ipſum ſignificetur verbo dotis, non dubie ſolo verbo dotis datæ hoc agi intelligitur, ut ne sit dos sine nuptiis: atque ita fiat, ut quemadmodum nulla dos eſſet non ſecutis nuptiis, sic nulla etiam sit ſoluto matrimonio: id autem eſt, ne amplius dotem maritus aut heredes eius habeant, proinde ut reſtituant. Sic enim, ut dixi, desinent habere, cum reſtituerint. Quodnam autem hic contractus genus? An dubium eſt contractum eſſe ex genere eorum, quorum obligatio re contrahi dicitur, cum videamus hic rem dari, ut ſuo tempore reddatur, ut in mutuo, commodato, deposito, pignore dato. Omnino quæ obligatio cumque ad reſtituendum eſt non poteſt aliter, quam re contrahi: ubi ſcilicet res tradita initium obligationi præbet, non ſola conventio. Non enim prius res reſtitui poteſt, quam accepta fuerit. Et ita etiam hac parte ius eſt, ut non teneatur maritus dotis nomine, nisi quatenus acceperit. *L. maritus, 52. D. ſol. matr.*

XIV. Videri tamen poteſt Iuſtinianus de genere huius contractus aliter conſtituiſſe, qui ad repetendam dotem pro vetere actione rei uxoriæ actionem ex ſtipulatu dedit. *L. unica,* in pr. & §. 1. *C. de rei uxor. act.* §. *fuerat, Inſt. de act.* Si hic actio ex ſtipulatu, obligatio verbis contrahitur; non re. Nam ex ſtipulatione eſt obligatio verborum. *Inſt. de verb. obl.* Sed cum ille hanc actionem det, ſive ſtipulatio intervenerit, sive non intervenerit, velit tamen exiſtimari interveniſſe: perſpicuum eſt conſtitui hoc ab illo non ex vero, ſed [7] ex fictione. Cæterum res sic habet, ut sive ſtipulatio interpoſita sit de dote reſtituenda, ſive non ſit, nunquam obligatio dotis reſtituendæ contrahatur, niſi cum dos data eſt marito. *d. L. maritus, D. ſol. matrim.* Ut propterea ſemper vere dicatur, dotem ex re data & tradita initium ſuperiori obligationi præbere, unde & neceſſe ſit tanquam ex hac cauſſa actionem dari, nisi ſtipulatio interveniens aliam actionem ſuggeſſerit.

7) Ob favorem dotis interveniſſe fingitur, Duar. *ad L. 1. Sol. matr.* Nam ut vere ſit ſtipulatio ſine verbis nulla Lex efficere poteſt. Donel. noſter *ad L. 1. pr. de V. O. n. 7. & 8.* Neque hæc præſumpta eſt ſtipulatio, ſed legis fictione inducta. Menoch. 3. *Præſumpt.* 5.

CAP. V.

De obligatione reſtituendæ dotis. Quæ in huius repetitione ſpectanda. Et quæ prima hic quæſtio eſt, An & quando repeti dos poſſit ſeu conſtante, ſeu ſoluto matrimonio.

De obligatione reddendæ dotis cur inſtituta peculiaris tractatio. Quatuor huius capita; & quæ. I.
Quare duo illa: de tempore petendi; & de iure petendæ dotis *iungenda.* II.
Dos, conſtante matrimonio peti non poteſt, niſi maritus vergat ad inopiam. Quæ utriuſque ratio. III.
Si maritus volenti dotem uxori lubens ſolvat: non liberatur, niſi cauſa iuſta reddendi affuerit. Quæ eiuſmodi cauſæ. IV.
Soluto matrimonio reddi debet: etiam ſi res ſit aliena; & quare. V.
Exceptio duplex, & quæ. VI.
Ut maneat apud maritum matrimonio ſoluto, aut conventio facit, aut culpa mulieris. Quomodo ex utraque cauſa. VII.
Conſtante matrimonio reſtituta peti non poteſt, ſi adhuc extat, aut fuit reddita iuſtis de cauſis. VIII.
Quod iure veteri doti inæſtimatæ reſtituendæ tempus præſtitutum; & quod ex iure Iuſtinianeo. IX.
Quid ſi ea de re partes aliter convenerint. X.

I. POſtquam accepta dote effectum eſt maritum re obligari, ut dotem quandoque reſtituat, non aliter quam in mutuo, commodato, & ſimilibus contractibus huius generis: deinceps ordine de hac obligatione, & quid natura eius ferat, inter hos ipſos contractus videamus. Habet vero natura huius obligationis in omnibus fere ſui partibus propria & peculiaria quædam cum in perſequendi iure, tum in perſonis, rebus, actionibus ad hanc reſtitutionem pertinentibus. De quibus cum in commune cum cæteris obligationibus dici non poſſit, faciendum nobis eſt, ſi quidem hanc partem plane nolle volumus, ut ſemel atque hoc loco omnia complectamur. Inſunt autem in hac perſecutione hæc, quæ gradatim quærantur: Primum an ſemper dos repeti poſſit. Secundo loco, ſi poteſt, quando poſſit. Tertio, cum erit petendi tempus, quibus dotis exactio competat, & adverſus quos. Quarto, quid in hanc obligationem & petitionem veniat. Poſtremo quæ ſint eo nomine actiones, quales & quibus privilegiis donatæ. De quibus dicam eodem ordine, progreſſum atque ordinem naturæ in his ſecutus.

II. Ac primum quod quæritur, an dos repeti poſſit, quia de eo æſtimandum eſt ex tempore, quo dos petitur, utpote ſecundum quod varietur ius petendi: idcirco de utroque coniunctim dici oportet, de tempore petendi, & per id tempus de petendi iure: ac de utroque ſic habendum.

III. Dos, ut eſt natura eius, conſtante matrimonio peti non [1] poteſt. *L. filiæ, C. ſol. matrim.* Eſt enim contra legem & finem doti propoſitum: ut quæ ita detur, ut perpetuo ſit apud maritum pro oneribus matrimonii. *L. 1. L. ſi pater, 76. D. de iur. dot.* Adverſus quam legem aperte facit, qui conſtante matrimonio & perſeverantibus eius oneribus dotem repetit. Hoc tamen ita temperandum eſſe viſum eſt, niſi qua neceſſitas & utilitas dotis repetitionem hanc etiam conſtante matrimonio inducat. Neceſſitas hæc eſt, ſi maritus [2] vergat ad inopiam. *L. ubi, C. de iur. dot.* Quo caſu placet exinde dotis actionem mulieri competere, ex quo evidenter apparuerit doti non ſufficere mariti facultates. Id ſic explicatur in *L. ſi conſtante,* 24. in pr. *D. ſol. matrim.* Quod æquiſſime conſtitutum eſt. Quan-

1) Vid. Sc. Gentil. *Lib. 4. de Don. int. vir.* C. 20. & 3. *ſeqq.* Si tamen ob nimiam ſævitiam fiat ſeparatio tori, licet matrimonium vere non dirimatur Beuſt. *de Matrim.* C. 10. Covar. *de Matrim. P.* 2. C. 7. §. 6. *n.* 1. dos ſtatim reddenda. Hipp. de Marſil. *in L. ult.* C. *ad L. Cor. de ſic. n.* 22.

2) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. & 3. *ſeq. n.* 33. & 2 *ſeqq.* Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 12. Gail. 2 *Obſ.* 83. & *ſeqq.* Andr. Rauchbar. *P.* 1. *Quæſt.* 33. Io. Bapt Coſta *de Factis ſcient., Diſſ.* 70. *Cent.* 2. Herman. Meirer. *Lib.* 2. *de Præferend. Cred Tit.* 5 *n.* 25. & *ſeqq.* Sc. Gentil. 4. *de Don int. vir.* 23. ubi & quærit an cautione præſtita reſtitutio evitari poſſit, vid. & Toming. *Deciſ.* 58. Vergere ad inopiam, & labi facultatibus, per famam & rumorem vulgi probari, poſt alios Freher. *Lib.* 2. *de Fama Cap.* 13. *n.* 5. Ac ſi uxor furioſa ſit ut illi reſtitutio fieri nequeat dos ſequeſtranda, Andr. Clud. *de iure Sequeſt. Cap.* 5. *Caſu* 4. Quid ſi vir poſtea ditior redditus an dotem recipit? Negat ex plerorumque ſententia Tiraq. *Tr. Ceſſ. cauſa, Limit.* 14. Gomez. *d. lo. n.* 35.

Quanvis enim dos conſtante matrimonio ſit in bonis mariti; tamen revera mulieris eſt. Emolumentum certe mulieris. *L. quanvis*, 76. *D. de iur. dot.* Ut minimum dos in ea cauſſa eſt, ut quandoque ſoluto matrimonio reddi debeat, eamque a muliere recipi etiam publice intereſt: *L.* 1. *D. ſol. matrim.* Utraque res facit, ut ſic dos debeat manere apud maritum, ut tamen & de ea proſpectum ſit mulieri adverſus inopiam mariti. Quod ita fiet, ſi dos repetatur etiam conſtante matrimonio, cum adhuc in facultatibus mariti aliquid ſupereſt: ne ſi illa exſpectet, dum ſolutum ſit matrimonium, ſero agat, ac dos illi interim perierit.

IV. Uſque adeo autem extra hunc caſum ceſſat dotis repetitio conſtante matrimonio, ut per id tempus nec volens maritus volenti uxori dotem recte ſolvat, quin matrimonio quandoque ſoluto dotem reſtituere debeat mulieri aut heredibus eius, ſi forte mulier acceptam dotem conſumpſerit. Niſi tamen iuſtis ex cauſſis maritus reddiderit. Iuſtæ cauſſæ reddendi hæ: ſi mulier accipiat, ut impendat aut in res ſibi neceſſarias, puta ut æs alienum ſolvat; aut in res certam & manſuram utilitatem allaturas, veluti ut prædia idonea emat: aut in rem alienam, ſed pro officio, quod pietatis ratio ab ea exigat; puta ut liberis ex alio viro, aut fratribus, aut parentibus conſulat; dum egentes alit, aut redimit ex hoſtibus vel latronibus, aut vinculis liberat 3: hæc in *L. quanvis*, 20. *L. ſed etſi ſeq D. ſol. matrim.* Hinc intelligitur, conſtante matrimonio eſſe, cum dos repeti non poſſit, quod regulariter definitur: eſſe etiam interdum, cum poſſit.

V. Nec minus in tempus ſoluti matrimonii eadem diſtinctio quandoque incidit. In quo ſi quæritur, quid hic regulariter ſervetur, contraria ſuperiori hic definitio eſt, qua placet ſoluto matrimonio dotem reſtitui debere. *L.* 2. in pr. *D. ſol. matr.* Et recte. Nam quæ res ita datur, ut matrimonii oneribus ſerviat. *d. L. ſi pater*, 76. *de iur. dot.* apparet ea lege accipi, ut cum matrimonium, eiuſque onera ſoluta erunt, reddatur, ut diximus in obligatione huius reſtitutionis contrahenda. Proinde etſi res aliena a muliere quanvis ſciente in dotem data erit, tamen reſtitui ei debere placet, quaſi ſuam dediſſet. Nempe ex conventione, quia quod dotis nomine datum erat, hac lege acceptum intelligitur. *L. ſi alienam*, 11. *D. ſol. mat.* Sic & eos qui ſcientes commodaverunt rem alienam, quanvis fures ſint aut prædones, tamen commodati habere actionem placuit. *L. commodare*, 15. *L. ita ſeq. D. commod.*

VI. Et tamen hoc quoque ita accipiendum eſt, niſi qua iuſta cauſſa repetitionem dotis etiam per id tempus adimat: quæ cauſſæ interdum incidunt. Hæ genere duæ ſunt. Una, ſi dos apud maritum manere debeat. Altera, ſi iam ante conſtante matrimonio dos reddita ſit, & ſit in ea cauſa, ut iterum peti non poſſit.

VII. Ut dos ſoluto matrimonio manere debeat apud maritum duæ res faciunt; 4 Conventio, & culpa mulieris. Conventio, ſi in dote danda convenerit, ut mortua in matrimonio muliere apud maritum remaneret. *L. ſi pater*, 12. *D. de pact. dot.* Sed si convenerit, inquam, ut id fieret mortua in matrimonio muliere. Nam ut matrimonio ſoluto, muliere ſuperſtite, dos apud maritum heredemve eius maneat, pacto effici non poteſt, ne si convenerit quidem, ut dos hoc caſu maneret apud maritum intervenientibus liberis, & liberi interveniant. *L.* 2. *D. de pact. dot.* Eſt enim hoc pactum contra dotem, inquit Ulpianus, *d. L.* 2. Adimit namque dotem mulieri ſuperſtiti. Quod autem contra dotem, idem eſt & contra utilitatem publicam, quæ in dote mulieri conſervanda verſari exiſtimatur. *L.* 1. *D. ſol. matr.* At quæ eiuſmodi pacta ſunt, conſtat non eſſe ſervanda. *L. iuris gentium*, §. *ſi paciſcar*, *D. de pact.* Quod de priore illo pacto dici non poteſt: cum ſciamus mortuæ mulieri dote opus non eſſe. Culpa mulieris idem efficit, cum culpa eius matrimonium ſolutum eſt. Ut ſi repudiata ſit, pro-

3) *L. maritus* 73. §. 1. *de I. Dot.* late Sc. Gentil. quem ad hoc adi 4. *de Don. int. vir.* 22.

4) Vel ex lege municipali eodem caſu dotem illiuſve partem marito tribuente. De interpretatione huiuſmodi ſtatutorum vid. Io. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 2. *Conſ.* 3. & 4. Sed nunquid ut illi lucro dotis locus, requiritur ut traductio & complexus maritalis ſequutus? Aff. P. Greg. 45. *Synt.* 14. *n.* 7. & *ſeqq.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. Don.* *v. donatione largitus n.* 222. & *ſeq. inneſt. n.* 230 A. Gaib. *de Sponſal. Cap.* 3. *Quid ſint ſponſalia n* 1. Cypræ. *de Sponſal. Cap.* 3. §. 35. Vaſq. 1. *Contr. uſufreq.* 3. *n.* 21. cuius hæ rationes, paucis excerptæ: (1) Tale lucrum propoſitum viris ad officium prolis gignendæ alliciendis, Quo fine deficimur niſi, &c. (2) Cum in defectum liberorum proponatur, caſus ſupponendus, quo liberi poſſunt ſuſcipi. (3) Hoc ſtatutum quodam modo votum captandæ mortis continet, ideoque reſtringendum. (4) Populari loquendi uſu in ſtatutis attendendo, antea ſponſi dicuntur non coniuges. (5) Indignus commodo, qui onera matrimonii nulla ſuſtinuit. In lucranda vero dote, ſtatuta non loci contractus, ſed domicilii mariti, reſpicienda, Vaſq. *d. lo. n.* 202 Num hoc caſu legatum viro ab uxore computetur in dotem, vid. Fort. 9. *de Succeſſ.* 7. Quid ſi ex pacto vel ſtatuto dos debeat marito cedere, & ea in diem promiſſa, uxor vero ante diem mortua? Vid. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 3. Menoch. 6. *Præſumpt.* 1. *n.* 21.

propter [5] adulterium, cui lenocinium mariti cauſſam non præbuerit. Hæc culpa dote mulctatur. Et dos mariti lucro cedit. *L. Lucius*, 38. *L. vir*, *ſeq. L. cum mulier*, 41. *D. ſol. matrim. L. conſenſu*, *C. de repud.*

VIII. Dos conſtante matrimonio reſtituta iterum peti non poteſt, ſi aut ſoluto matrimonio adhuc exſtat, aut quæ nunc conſumpta eſt, ante reſtituta ſit iuſtis de cauſſis. Quæ adhuc exſtat, ideo repeti non poteſt, quia bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Sed & iuſtis de cauſſis ante ſolutum diximus ſoluto matrimonio amplius peti non poſſe, & quæ hic iuſtæ cauſſæ eſſent, expoſuimus. Indicantur cauſſæ in *L. quamvis*, 20. & *L. ſeq. D. ſol. matrim.*

IX. Sed etſi ſoluto matrimonio dos reddi debebit (debebit autem ſemper extra ſupra ſcriptas cauſſas) non tamen ſemper debet ſtatim reſtitui. Olim hoc erat reſtitutioni præſtitutum tempus, ut ſi res in dotem datæ eſſent, quæ pondere, numero, menſurave conſtarent, redderentur annua, bima, trima die, ideſt diviſis in tres annos æquis portionibus quarum una exacto primo anno, altera ſecundo, tertia tertio ſolveretur. Cæterarum rerum tam mobilium, quam immobilium præſens erat repetitio. Iuſtinianus conſtituit, ut immobiles ſtatim reſtitui deberent, ut ius antiquum erat; mobiles autem non niſi poſt annum, ſublata rerum mobilium & ſuperioris temporis diſtinctione [6] *L. unica*, §. *cum autem*, §. *exactio C. de rei uxor. act.*

X. Quod tempus ita ſervabitur in dote exigenda, niſi quid aliud convenerit. Licet enim de eo paciſci: ſed hac lege, quæ in dotis reſtitutione perpetua eſt, dum ne mulieris conditio deterior fiat. Ideo ut citeriore die dos reddatur, quam lege tributum eſt marito, paciſci licet. Ut autem ſolvatur longiore die, convenire non poteſt, non magis, quam ne omnino reddatur. Hæc in *L. de die*, 14. & 2. *ſeqq. D. de pact. dot.*

5) De quo Cuiac. *in Nov.* 22. *&* *ad Cap. plerumque* 4 *de Don. int.* Covar. *P.* 2. *de Matrim. Cap.* 7. §. 6. Beuſt. *de Matrim. Cap.* 21. *& in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 958. *& ſeqq.* A. Guib. *de Dotib. Cap.* 6. *n.* 24. *& ſeqq.* Forſt. 4. *de Succ.* 17. Sc. Gentil. *Lib. de Sec. Nupt. Cap.* 6. Fach. 11. *Contr.* 76 P. Theodoric. *Diſput. Crimin.* 6. *s. b.* 3. *lit. M.* An eadem perdat vidua ob ſtuprum commiſſum? Aff. maxime ſi intra annum luctus, Anuæ. Rob. 3. *Rer. Iud.* 13. Forſt. communem perhibens 7. *de Succeſſ.* 16. Guib. *d. C.* 6. *n.* 30. *& ſeqq.* diſſ. Gomez. *in L. Tauri* 80. *&* 2. *ſeqq. n.* 7. Vaſq. 1. *Contr. uſufreq.* 8 *n.* 13. Io. Guttier. *Lib.* 2. *Canc.* 22. C. 12. Quid in oſculo luxurioſo? Vid. Menoch. C. 287 *&* 5. *Praeſump.* 41. *n.* 26. *& ſeqq.* Guib. *d. C.* 7. *n.* 35. *& ſeqq.* Fach. 11 *Contr.* 75.

6) Ratio differentiæ quia res fungibiles & mobiles forte maritus præſentes non habet, aliis commodatas vel creditas. Laxamentum igitur illi datur aliquod ad pecunias colligendas, & res recipiendas, A. Guib. *de Dotib. C.* 6. *n.* 18.

C A P. VI.

Quibus, & adverſus quos dotis actio competat.

Continuatio. De perſonis quibus reſtituendæ dotis exactio competit. Cur & de his peculiaris habenda tractatio. I.

Si mulier dotem dedit: ipſa quoque repetit. II.

Si extraneus, ſeu qui non habet in poteſtate mulierem: intereſt, utrum dotem ſimpliciter dederit: an ea lege ut ſibi matrimonio ſoluto reſtituatur. III.

Priori modo competit exactio mulieri, non extraneo. Contraria diluuntur. IV.

Excipitur pater licet extraneus; & quomodo; & quod hic ius ſingulare. V.

Cum illo iure quæ concurrere oporteat, ut vacet iniuria; & quæ horum ſingula. VI. VII. VIII. IX.

Poſteriori modo extraneus repetit, ſi aut ſtipulationem interpoſuit, aut pactum reddendæ dotis. X.

Et utrumque illud incontinenti, non ex intervallo. XI.

Prius tamen etiam ex intervallo, conſentiente muliere, eaque decedente ſine liberis. XII.

An ſi extraneus de reſtituenda dote convenerit in unum caſum duntaxat: poſſit in alterum etiam repetere. Cur de ſubſtitutione ſecus facta in unum caſum. XIII.

Pater quocunque modo filiæfamilias dotem dederit, habet communem cum illa dotis petitionem. XIV.

Communio in eo ut pater inſtituat actionem, & filia conſentiat. Cur in re filiæ actio detur patri: & quando ipſa agere poſſit. XV. XVI.

Filia conſentit agente patre, ubi illa non contradicat: interdum etſi contradicat. XVII.

Quot

Quot modis filia minime contradicat; & ita pro conſentiente habeatur. XVIII.
Si contradicat aperte: intereſt iure ne, an iniuria. Et quid in utroque caſu. XIX.
Filiæ conſenſus litis conteſtatæ tempore neceſſarius. XX.
In dote patri & filiæ communi ſive ſolvenda, ſeu exigenda utriuſque deſideratur voluntas. Quid huic iuri conſequens. XXI.
Interdum patri citra filiæ voluntatem dos recte ſolvitur duabus de cauſſis; & quæ illæ. XXII.
In poſteriore cauſſa de filiæ aut uxori relicto patris & mariti voluntas diſtinguitur, & quomodo. XXIII.
Filiæ viciſſim recte ſolvitur invito patre duobus in caſibus; & qui illi. XXIV.
Filia ſui iuris facta quamcunque dotis actionem ſibi vindicat, etiam decedenti patri ex re iudicata quæſitam: XXV.
Sed & reliquum dotis patri ex ſuo ipſius mandato ſolutæ ſuo iure petit. XXVI.
Pater qui cavit matrimonio ſoluto dotem ſibi reddi ex parte minus habet, ex parte etiam plus aliquid extraneo. XXVII.
Minus in eo, quod dotem ſibi reddi ſtipulatur duntaxat: non paciſcitur, ut extraneus. XXVIII.
Plus in eo, quod pater ex intervallo & ante nuptias ſtipulatur, & habet actionem eo nomine: quod contra extraneus. Ratio differentiæ. XXIX.
Maritus ſolus qui dotem accepit, dotis nomine tenetur; extraneus conditione ſine cauſſa. XXX.
Mariti pater quibus modis ex dotis cauſſa conveniatur. XXXI.

I. SEquuntur tertio loco perſonæ eorum, inter quos de repetitione dotis agitur. In quibus ut prima cauſſa eſt eius, cui dos reddi debeat: ita prima eſt quæſtio, cui debeat, ſeu cui dotis exactionem demus. Et ſunt in eo multa plura ſingularis & proprii iuris, quæ ideo hic quoque deſiderent peculiarem tractationem. Non enim uni & eidem dotis repetitio competit; & quibus datur, non una & eadem de cauſſa, nec uno & eodem modo competit; ut in ſingulis proprium quiddam agnoſcas. Alias mulieri datur, alias alii, idque diſſimiliter. Id autem ita eſt, ut eſt is qui dotem dedit: & in alio dotem dante, ut eſt perſona eius, & in dote danda, conventio. Intereſt, ipſa mulier dotem dederit, an alius pro ea. Et hic alius, utrum extraneus, an pater, qui filiam habet in poteſtate. Et in utroque, utrum is det ſimpliciter, an interpoſita de dote ſibi danda conventione, & quo genere conventionis in eo utatur. Quapropter quid in horum ſingulis placeat, ordine videamus.

II. Et ſi quidem mulier dotem dedit, nihil dubii eſſe debet, quin ei dos reddenda ſit ſoluto matrimonio. Dedit enim ſuo nomine, ut ex conſenſu alii actio acquiri non potuerit. *L. multum, C. ſi quis alt. vel ſibi.* Quidni vero ei cum ſuo nomine dedit, ſit dotis actio, cum ſi extraneus dotem dederit eius nomine, hoc ipſo illi & dos, & dotis actio acquiratur? Ut mox dicetur. *L. unica, §. accedit, C. de rei uxor. act.*

III. Alius pro muliere ſi dotem dedit, ſiquidem extraneus eſt, cum hic quoque mulieri acquiratur in ſolidum actio, quæſtio eſt, an acquiratur ipſi ei, qui dedit. De quo iam ſubiiciam, ſi prius monuero, extranei verbo in hac ſpecie iuris auctores intelligi velle eum, qui mulierem, pro qua dotem dat, in poteſtate non habet, ſive is pater eſt, qui pro filia emancipata dat dotem, aut mater, vel avus maternus, ſive alius quilibet extraneus, cognatus puta, vel amicus, *d. L. unica, §. accedit, C. de rei ux. act.* Intereſt ergo extraneus hic quomodo det dotem, utrum ſimpliciter, an vero hac lege, ut ſibi dos quandoque ſoluto matrimonio reſtituatur.

IV. Si ſimpliciter, nulla ſcilicet de dote ſibi reddenda conventione, ſtatim dos efficitur mulieris non aliter quam ſi dediſſet ipſa. Unde & ei ſoluto matrimonio dotis repetitio competit, nulla ei, qui dedit. Hoc idem in *d. §. accedit, C. de rei uxor. act. L. ex morte,* in fin. *C. de pact. convent.* At quomodo hic dos fit mulieris; cum dicamus res inter vivos non transferri, niſi traditionibus. *L. traditionibus, C. de pact.* hic autem nihil proponatur traditum mulieri, ſed marito? Sed & hic dos mulieri acquiritur traditione. Idque fit hoc modo. Nam extraneus cum dat dotem nomine mulieris, intelligitur conſtituere ſe nomine mulieris poſſidere, quo res ad eam facilius perveniat. Quo facto etiam poſſeſſio mulieri acquiritur, cum aut præſens annuet, aut monita, quod geſtum eſt, ratum habebit. *L. quod meo, D. de acq. poſſ.* Sic enim eſt poſſeſſio, ut una præter res cæteras per quemlibet volentibus nobis poſſidere, recte acquiratur. *L. ea quæ,*

D. de

D. de acq. rer. do. L. 1. C. per quas perſ. Sic deinde per hanc poſſeſſionem acquiratur dominium ei, cui per poſſeſſionem id quæſitum volumus. *L. traditio, §. ult. D. de acq. rer. dom. §. ex his. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Sed eſto mulieri hoc modo dos acquiratur per traditionem. At quomodo ſoluto matrimonio actio dotis ei acquiri poteſt: cum regula iuris vetet, per extraneam perſonam nobis actionem acquiri? *d. §. ex his, Inſt. per quas perſ.* & *L. 1. C. eod.* Nihil hæc regula ad hunc locum pertinet. Hic enim mulier actionem iſtam per ſe ſibi acquirit. Non ei per alium acquiritur. Dos enim eius nomine data ſic accipitur, quaſi ipſa dediſſet: atque adeo ipſa dediſſe videtur hoc ipſo, quod dum apud maritum eſt nomine mulieris, mulier patitur eam fieri mariti. Idque fit regulis iuris maxime conſentientibus. In quibus hæc una eſt: in rebus per traditionem transferendis, nihil intereſſe, utrum tradam tibi rem aliquam meam, ut tuam faciam, an cum apud te eſſet, pro tradita habeam transferendi cauſſa. *L. qua ratione, §. interdum. D. de acq. rer. dom.*

V. Hic unus exceptus eſt pater in dote ab ipſo [1] profecta. Placet enim, quanvis de dote ſibi reſtituenda nihil caverit, tamen ſoluto matrimonio dotem ab eo profectam ad eum reverti, ſi mortua fuerit in matrimonio filia. Et hactenus ei *iure ſuccurſum* eſſe dicitur *L. iure, 6. D. de iur. dot.* Recte *ſuccurſum*, ut intelligamus ius hic conſtitutum ſingulare. Nam cum pater extraneus pro filia ſimpliciter dotem dedit, dos ſtatim quæſita eſt filiæ, ut ante diximus. *d. L. unica, §. accedit, C. de rei uxor. act.* Ita conveniebat iuri communi, ut actione filiæ ita quæſita etiam actio transferretur ad filiæ heredes, non reverteretur ad patrem, niſi quatenus heres eſſet filiæ. Eſt enim heredum ſuccedere in univerſum ius defuncti. *L. heres in omne, D. de acquir. her. L. hereditas, D. de reg. iur.* Et omnino ita ius commune eſt, ſed ius hic, ut dixi, ſingulare. Ex quo illud verbum, *iure ſuccurſum*. Quo utimur in his, quæ humanitatis cauſſa iure extraordinario alicui tribuuntur. *L. in cauſſæ* 1. & 2. *D. de minor.* Conſtitutum autem ſolatii loco, ne, inquit Pomponius, & *filiæ amiſſæ* pater, & *pecuniæ damnum ſentiret*. d. L. 6. *de iur. dot.* Quid tamen, ſi filia deceſſerit in matrimonio, liberis relictis? Nihil hic diſtinguitur, ſed ſine exceptione placet dotem a patre profectam, ſi in matrimonio deceſſerit filia, ad patrem redire debere. *d. L. dos, C. ſol. matrim. d. L. iure, 6. D. de iur. dot.* Sed & ratio Pomponii ſuperior ad omnem patrem pertinet qui filiam in matrimonio amiſerit. Sive filia deceſſerit ſuſceptis liberis, ſive ſine liberis. Nec quiſquam hic obiiciat, dotem eſſe proprium patrimonium filiæ, ideo conſequens eſſe etiam ad liberos heredes eius pertinere. Iam enim dixi ius hic conſtitutum ſingulare. Quod ni ita eſſet, etiam in aliis quibuslibet filiæ heredibus iſta ratione dicendum eſſet, dotem ad eos tranſire.

VI. Sed ut in hoc iure res abſit ab omni iniuria, dum eam dotem quæ filiæ quæſita erat, ad eum, qui dedit, reverti volumus, obſervemus quatuor hic exigi, quæ rem ab ea iniuria vindicent. Primum hoc beneficium patri datum, non alii extraneo. Id quod paterna pietas, atque honos illi debitus, tum dolor conceptus ex morte filiæ hoc præcipue in perſona patris poſtulare videbatur. Secundum exigimus, ut dos a patre vere profecta ſit, ſitque ea, quæ in hac ſpecie dicitur profecticia, id eſt quæ profecta ſit de bonis, aut facto patris, ut definitur in *L. profecticia, 5. D. de iur. dot.* Quod eo pertinet, ut intelligatur, ſi pater filiæ nomine dotem dederit, tanquam [2] a ſe debitam, hanc ad patrem non reverti. Hanc enim eſſe adventiciam, id eſt eam, quæ quodammodo aliunde profecta ſit, quam a patre, ut qui non dederit pro affectu & pietate patris. *L. 5. §. ſi pater, D. de iur. dot.* Dum autem dos profecta ſit a patre, hoc ille iure utitur, ut dos ſupra ſcriptis conditionibus ad eum revertatur; neque intereſt, utrum filia in poteſtate eius fuerit, an non fuerit. *L. ſi ab hoſtibus, 10. D. ſol. matrim.* Et hoc eſt, quod Ulpianus ſuperius ius interpretans, profecticiam dotem eſſe definit, quæ a patre vel parente profecta eſt de bonis vel facto eius. *d. L. 5.* in pr. *de iur. dot.* Et addit in *d. §. ſi pater*. profecticiam eſſe, etiam quam pater pro filia eman-

1) Dos profectitia hoc intereſt a peculio profectitio, quod illam dat pater etiam liberis, quos in poteſtate non habet, modo ſit virilis ſexus, & per virilem ſexum cognatione iunctus. Nam quæ a matre vel avo materno datur, adventitia eſt, Cuiac. 8. *ad Afric. ad L. 11. de fund. dot.* A patre autem data, quando ex bonis eius conſtituta præſumatur Menoch. 3. *Præſumpt.* 15.

2) Mortua in matrimonio uxore, dotem adventitiam ſemper retinere maritum, etſi nihil pactus ſit, probat Cuiac. 9. *Obſ.* 4. ex Ulp. *Tit.* 6. §. 5. *L.* 23. *de evict. L. mulier* 20. *de cond. ind. L. 5. de bon. dam. L. 1. C. ſi adv. dot.* & maxime *L. 15. de fun. dot.* Et per *L. 79. de i. dot.* & Ant. Fab. 1. *Con.* 16. qui de repetitione dotis adventitiæ pluribus agit 13. *Con.* 4. *& ſeqq.*

Digitized by Google

mancipata dederit: quia non ius poteſtatis, ſed parentis nomen, dotem profecticiam faciat.

VII. Sed etſi dos a parente profecta ſit ita, ut modo diximus; non tamen ſtatim placet eam ſoluto matrimonio reverti ad patrem; ſed hæc tertia conditio eſt, quam exigimus, ut filia nupta, ſeu in matrimonio 3 deceſſerit. Nempe ſuperſtite adhuc marito. *d. L. dos, C. ſol. matr, L. ſi ab hoſtibus*, 10. *D. eod.* Quo intelligimus, ſi ſoluto morte viri matrimonio filia ſit ſuperſtes, dotis actionem manere filiæ, ut & illi ab initio quæſita erat: & si poſtea deceſſerit, dotis actionem tranſire ad filiæ heredes, non ad patrem reverti: niſi quatenus & ipſe filiæ heres extiterit. Et recte hæc ita diſtincta ſunt, Non enim poteſt ſuperſtite filia dos redire ad patrem, quin adimatur filiæ: quod eſt contra utilitatem publicam, quæ iubet potius dotes mulieribus conſervari. *L. 1. D. ſol. matrim.* Semel vero dotis actio eius facta non poteſt, quin ad heredes eius tranſeat. Quod ſi mortua in matrimonio filia dos redit ad patrem, nihil hic filiæ adimitur. Nam ante conſtante matrimonio dos mariti fuit, non uxoris. Sed nec per id tempus ei dos fuit adempta. Poſtquam autem matrimonium ſolutum eſt, quia eo tempore mortua in rerum natura eſſe deſiit, nec dos eius fieri, aut eius eſſe dici poteſt. Si quid ergo hic adimitur, adimitur filiæ heredibus. Non eſt autem iniquum id ſtatui adverſus heredes, dum id agitur, ut dos a patre profecta potius ad eum revertatur; idque eſt, in quo patri ſuccurſum eſſe dicimus.

VIII. Sane accidit interdum, ut quæ ſoluto matrimonio mortua eſt, perinde habeatur, quaſi in matrimonio eſſet mortua. Quod cum fit, eodem iure habetur. Id autem duobus caſibus admiſſum eſt. Uno, ſi filia ab hoſtibus capta, quæ nupta erat, & dotem a patre profectam habeat, ibi deceſſerit. Etſi enim iure Romano matrimonium ſolvitur captivitate, quæ hic contigit, *L. 1. D. de divor.* ut proinde quandocumque ea decedat poſtea, neceſſe ſit eam ſoluto matrimonio deceſſiſſe; tamen placet hoc caſu dotem a patre profectam ad eum reverti debere: quaſi ſcilicet & hic filia nupta deceſſiſſet. *d. L. ſi ab hoſtibus*, 10. *D. ſol. matr.* Et recte. Sane enim ſecundum naturam deceſſit filia in hac ſpecie ſoluto matrimonio: iuris autem interpretatione videtur nupta & in matrimonio deceſſiſſe, propter legem Corneliam teſtamentariam, quæ de ſtatu captivorum ita conſtituit, ut qui capti apud hoſtes deceſſerunt, perinde habeantur, quaſi eo momento, quo capti ſunt, in civitate deceſſiſſent. *L. pater, L. bona, D. de capt.* Alter caſus eſt, cum filiæ ægræ vir in hoc repudium miſit, ut ſi moreretur poſtea mulier, verum eſſet eam ſoluto matrimonio mori, atque ita fieret, ne dos ad patrem rediret ex ſupra ſcripto iure. Hic quoque placuit hanc 4 fraudem patri filiæ non nocere, quin huic utile iudicium detur dotis recuperandæ cauſſa. *L. filiæ, 59. D. ſol. mat.* iudicium; quia cum non ſerio, certe non tam ſolvendi matrimonii cauſſa maritus repudium miſerit, quam patris fraudandi; perinde habeatur, quaſi matrimonium non eſſet ſolutum; ne mariti dolus aliis proſit, patri noceat contra, quam in dolo admitti debere placet. *L. 1. D. de dol.* Sed iudicium erit utile, quia iure Romano vere matrimonium ſolutum eſt. Quo caſu mortua deinde filia ſecundum verba ſupra ſcripti iuris non ſuccurritur patri.

IX. Poſtremo etſi dos a patre ut patre profecta erit, & filia mortua in matrimonio; tamen ad actionem dotis in perſona patris confirmandam hoc amplius exigimus, ut pater ipſe vivat ſoluto matrimonio ſuperſtes filiæ. Qui ſi ante filiam deceſſerit, quanvis moriatur deinde filia conſtante eodem matrimonio, tamen dos non tranſibit ad heredes patris. Patri enim hic conſultum eſt, non patris heredibus, *d. L. iure, de iur. dot.* Ad quos igitur tum dos pertinebit, eum neuter ſuperſit, neque pater, neque filia. Et ſcriptum eſt

in

3) Contentio hæc antiqua inter Bulgarum, cuius opinioni noſter Donellus favet, & Martinum, qui propter liberos dotem apud maritum manere voluit, cuius ſententiam conſuetudine generali totius orbis ſervari teſtantur citati a Treutl. *P. 2. Diſp. 7 Th. 11. lit. C.* Cuiac. *6. ad Afric. ad L. ult. rem rat. hab.* Bulgari opinionem admittit iure novo, Martini veteri. Idem 8. *ad Afric. in L. 61. §. 8. de furt.* Martini opinionem inde ſuſtineri quod hoc pactum vulgare *L. Babius 30. de pact. dot.* Quæ autem volgo inter contrahentes conveniri ſolent, etiam non conventa ineſſe in bonæ fidei iudiciis. Quod alibi reprobavi. Martini opinionem pluribus rationibus eleganter firmat Ant. Fab. 1. *Coniect.* 16. ſententiam tamen ſuam retractans 13. *Coniect.* 1. *& ſeqq.* Ad quos remitto. Contrahenda enim quantum poteſt, hæc notata. Add. M. Vertranius Maurus *de Iure liberorum C.* 5. Cuiac. *Ad 10. & ad L.* 81. *de R. I.* P. Greg. 9. *Synt.* 22. *n.* 9. *&* 10. Teſſaur. *Deciſ.* 190. Ranchin. *de Succ. int.* §. 14. *n.* 3. *& ſeq.* Io. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 2. *Conſ.* 75.

4.) Vel ſi filia ideo divertit ut maritum lucro dotis afficiat *L. 5. de divort.* quæ itidem de emancipata loquitur. At cur in *d. L. 4. C. Sol. Matr.* adiecta *filiafamilias*. Reſp. Govean. 2, *Var. Lect.* 4 eam ceu irreptitiam expungit. A. Fab. 1. *Coniect.* 16. aut eſſe interpretis aut, quod verius eſt: ita ex facto propoſitum Imperatori, quod in ea ſpecie fuerit filiafamilias.

in *fragmentis* Ulpiani *Titulo de Dotibus*, dotem hoc caſu apud maritum remanere, excluſis videlicet & patris, & filiæ heredibus. Uſque adeo, ut etſi ſoluto matrimonio vixerit filia, quo caſu ei iam ante actionem dedimus, non patri; tamen ſcribat ſi poſtea filia deceſſerit, non aliter heredi eius actionem dari, quam ſi moram in dote mulieri reddenda maritus ſecerit: ut ſic dos hic quoque apud maritum remaneat. Sed totum hoc ius a Iuſtiniano immutatum eſt, & generaliter cautum, ut quo caſu dotis profecticiæ actio patri non datur, ea aut ſit filiæ, ſi vivit; aut ea mortua in matrimonio patre iam ante defuncto, aut mortua poſt divortium, actio tranſmittatur ad heredes eius, tanquam in re quæ debuit mulieris eſſe propria. Hoc in *L. unica*, *§. maneat*, *C. de rei ux. act.* Plane ſi proponas avum paternum dediſſe dotem neptis ſuæ nomine, eamque poſtea in matrimonio mortuam: quanvis avus primo, deinde neptis deceſſerit, placuit tamen hic dotem non pertinere ad heredes filiæ, ſed patri eius reddi oportere, hac ratione, quod cum pater meus dotem propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde ſit quaſi ipſe dederim. Ubi ſcilicet officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet: & quia pater filiæ, ideo avus propter filium dotem dare debet. Hoc in *L. dotem*, *D. de collat. bon.*

X. Sed meminerimus hæc dicta eſſe de dote, quæ ab extraneo data ſit ſimpliciter. Quod ſi dederit ea lege, ut ſibi dos quandoque reſtitueretur: & conventio rata eſt, & eſt illi ex conventione actio, qua dotem ſoluto matrimonio recte petat. Si ſtipulatus eſt ſibi reddi, actio ex ſtipulatu. Si pactus eſt tantum, actio præſcriptis verbis. *L. unica*, *§. accedit*, *C. de rei uxor. act.* Sic enim traditioni rei ſuæ legem dixit. Ac quamcumque legem in traditionibus rerum ſuarum quis dixerit, hanc ſervari placet etiam ad actionem. *L. in traditionibus*, *D. de pact.* *L. legem*, *C. eod.* Atque hinc præſcriptis verbis actio, quam eſſe placet, quoties dedi aut feci tibi aliquid, ut viciſſim quid dares aut faceres, & res in aliud nomen non tranſit. *L. 5. D. de præſcr. verb. d. L. legem*, *C. de pact.* Sed hanc conventionem omnem in dote danda, ſeu in continenti interponi oportet. *L. ex morte*, in fin. *C. de pact. convent.*

XI. Interpoſita ex intervallo nihil agit, ſive extraneus pactus ſit tantum ſibi dotem reddi, ſive etiam ſtipulatus. Pactum quidem poſtea ideo nihil agere certum eſt, quia ex pacto non naſcitur actio, *d. L. legem*, *C. de pact.* Sed nec ſi ſtipuletur poſtea ſine voluntate mulieris, ideo actionem in ſuam perſonam transferet. *L. quoties*, 29. quia actio ſemel quæſita mulieri a principio, ei invitæ auferri non poteſt. *L. ult. D. de pact.* Uſque adeo, ut quanvis mulieris nomine dotem dederit ante nuptias, non poſſit tamen ex intervallo, quanvis ante nuptias dotem ſibi ſtipulari citra voluntatem mulieris. Iſto enim modo revocaret ad ſe dotem, quæ ſemel mulieri quæſita eſt in eum caſum, quo nuptiæ ſequerentur. Quod nemo extraneus poteſt facere, quandiu ſpes eſt matrimonium ſequi poſſe. *L. quod Servius*, *D. de cond. cauſ. dat.* Diverſum in patre, qui filiam in poteſtate habet *d. L. quoties*, 29. ver. *plane*. *D. ſol. matrim.* de quo dicetur poſtea ſuo loco.

XII. Quinimmo etſi conſentiente muliere ſtipuletur extraneus ex intervallo dotem ſibi reddi; tamen ita demum utiliter ſtipulatur, & dotis actionem ſibi acquirit, ſi mulier in matrimonio deceſſerit, & deceſſerit ſine liberis. Quod ſi ſoluto matrimonio mulier vivet, extraneus ea invita agere non poterit: certe agens exceptione ſummovebitur. Sed etſi in matrimonio decedens reliquerit liberos, dotis actio ad liberos eius, non ad extraneum pertinebit. Significatur horum utrumque in *L. poſt dotem*, 40. *D. ſol. matr.* Sed cum iure civili naſcatur actio ex ſtipulatione quovis tempore interpoſita, *§. de conſtituta*, *Inſt. de act.* cur hic ex ſuperiore ſtipulatione non naſcatur actio extraneo; præſertim cum ſtipuletur muliere conſentiente? Cauſſæ hæ ſunt. Nam ſi mulier vivit ſoluto matrimonio, & ſtipulanti extraneo actionem dotis damus, ſit conditio mulieris deterior in dote, utpote cui actio ab initio quæſita ſuperiore ſtipulatione adimitur. Mulier autem paciſcendo deteriorem conditionem ſuam in dote facere non poteſt. *L. de die*, 14. *D. de pact. dot.* Proinde nec paciſcenti conſentire. *L. cum quis poſſit*, *D. de reg. iur.* Muliere autem in matrimonio mortua, ideo liberis eius adverſus verba ſuperioris ſtipulationis actionem damus, quia non videtur mulieris conſentientis voluntas longius proceſſiſſe, quam ut dos rediret ad ſtipulatorem, ſi ipſa ſine liberis deceſſiſſet. Quæ conditio in eiuſmodi conſenſu ſemper ineſſe exiſtimatur: dum hæc pietatis nomine coniectura eſt neminem alienas ſucceſſiones propriis anteponere. *L. cum avus*, 102.

D. de

D. de cond. & dem. L. cum acutiſſimi, C. de fideic.

XIII. Adeo autem extraneus citra conventionem de reſtituenda ſibi dote ab eo interpoſitam, dotis actionem non habet, niſi quo caſu iure ſuccurſum ei diximus, ut ſi in unum caſum ſoluti matrimonii pepigerit dotem reddi, puta vel in divortium, vel in mortem, ſoluto in alterum caſum matrimonio, in quem caſum non pepigit, non habeat actionem. *L. ſi cum dotem*, 22. in pr. *D. ſol. matrim.* Nam quod in ſubſtitutione filio impuberi a patre facta hoc obſervatur, ut ſi in unum tantum caſum facta ſit, puta ſi filius heres non erit, aut in hunc, ſi filius intra pubertatem deceſſerit, videatur etiam in alterum caſum facta, qui omiſſus eſt; ad contractus non pertinet. Aliter enim voluntatem teſtantium interpretamur, aliter contrahentium: teſtantium plenius, ut quibus propoſitum ſit liberalitatem exercere. *L. in teſtamentis, D. de reg. iur.* Contrahentium reſtrictius, cum ſemper promiſſoris mens ſit, ut tantum præſtet, quantum promittit; ultra autem, quam nominatim convenerit, non teneatur. In quam ſententiam ſcripſimus plura ad *L. 7. D. de verb. obl.* Quiſquis igitur dotem daturus pro muliere de dote ſibi omnimodo reddenda recte cavere volet, ita cavebit, ut paciſcatur eam ſibi reddi, quocunque modo matrimonium ſolutum erit. *L. ſi quis ſic*, 56. *D. ſol. matr.* Aut generaliter dotem reddi ſoluto matrimonio: quibus verbis idem cotineri viſum eſt. *L. cum quærebatur, D. de verb. ſignif.* Merito: utpote verbo generali omnes ſpecies ſubiectas comprehendente. *L. ſi ſervitus, D. de ſervitut. urb. præd.*

XIV. Hæc de dotis exactione, quæ dos ab extraneo data ſit, dicta ſunt. Diverſa cauſſa eſt dotis datæ a patre, qui filiam in poteſtate habet, & diverſa cauſſa in utramque partem, ſive pater dotem ſimpliciter dederit, ſive caverit dotem a ſe datam ſibi reddi. Si dedit ſimpliciter, aut quod idem valet, dedit ſolum pactus, ut ſibi dos reſtitueretur, hic pene omnia ſingularia agnoſcas. Non enim ut extraneo dotem ſimpliciter dante, dos & dotis actio filiæ acquiritur, ita & nunc aut acquiritur filiæ ſoli, aut ſoli patri; ſed placet dotem communem eſſe patris & filiæ. *L. 2.* [5] *§. 1. L. 3. D. ſol. matr.* Atque hic etiam diligenter videndum qualis ſit, quidve contineat hæc communio. Non enim certe ſic accipienda eſt, ut in cæteris rebus communio nominari ſolet. Commune enim duorum aliquod eſſe dicimus, cuius pars eſt unius ex dominis, pars alterius, partibus indiviſis, *L. 5. D. de ſtip. ſerv.* Non ſic communis dos patris & filiæ hic intelligenda eſt, quaſi pars eius in patrimonio patris, pars in patrimonio filiæ. Hoc enim tenendum eſt, dotem quanvis ſit filiæfamilias, tamen eſſe proprium patrimonium filiæ, ideſt rem eiuſmodi, quæ etſi a patre profecta ſit, non tamen ut res cæteræ profecticiæ, acquiratur patri, ſed ſit filiæ in ſolidum. *L. 3. §. ergo, D. de minor. L. pater*, 71. *D. de evict.* Sed dicitur dos communis, quæ communis eſt non dominii, ſed petendi & exigendi iure: quia ſcilicet petitio & actio eſt communis. Et tamen rurſum non ita communis, ut poſſit uterque eam exercere, prout volet; [6] ſolus enim eam exercet pater, ut mox dicetur; ſed communis ideo; quia ita patris petitio eſt, ut tamen non poſſit is petere, niſi voluntate & conſenſu filiæ. *L. 2. §. 1. D. ſol. matrim.*

XV. Itaque hæc communio actionis dotis profecticiæ duas res continet, quas eaſdem ſingulis tribuit, petitionem patris, & voluntatem filiæ. Quod ad petitionem attinet, quandiu filia in poteſtate eſt, ſolus pater de dote a ſe profecta agit ſoluto matrimonio: filia nequaquam. *d. L. 2. §. 1. ſol. matrim. L. & heredi, §. filiafamilias, D. de pact.* At quo iure patri actio eius dotis nomine, quam filiæ eſſe dicimus, non patris? *d. L. 3. §. ergo, D. de min. L. pater*, 71. *D. de evict.* Nam de his quidem, quæ patri per filios acquiruntur, recte agit pater, utpote de ſuis. At quæ patri non acquiruntur, conſtat eorum actionem non competere patri, ſed liberis, quibus acquiruntur, ut ſit in peculio caſtrenſi, quaſi caſtrenſi, & in adventiciis, quæ acquiſitionem paternam effugiunt. *L. lis nulla, D. de iud. L. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* Cur igitur, inquam, & in dote, quam fatemur eſſe filiæ, non idem ſervamus? aut cur præter regulam patri actionem damus in re aliena? Ideo fit, quia intereſt patris filiam dotatam habere; proinde & recipere dotem, quam iterum det pro filia nuptura. *d. L. pater*, 71. *D. de evict.* Intereſt autem patris ideo, ne pater hac

Tom. III. Vvv dote

5) Ubi verba *& dos ab eo profecta* Triboniani eſſe vult Govean. 1. *Var. Lect* 44 per Ulp. *Tit.* 6. §. 6. Quod refellit Hotoman. 9. *Obſ.* 2.

6) Vid. Cuiac. 6. *ad Afric. in L. ult. rem rat. hab.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *ſeqq. n.* 28. Cabot. 1. *Diſp.* 28. Ant. Fab. 13. *Coniect.* 6. filiamfamilias ſine conſenſu patris nec adventitiam dotem repetere contendit.

dote non recepta, cogatur aliam dotem dare pro filia. Eſt enim officium patris dotare filiam. *L. dotem*, 6. *D. de coll. bonor. L. capite*, 19. *D. de rit. nupt.*

XVI. Interdum tamen utilitate dotis & filiæ ita exigente, ipſa filia de dote agere poteſt, quanvis ſit in poteſtate, & dos a patre cuius in poteſtate eſt profecta. Quod duabus de cauſſis illi conceſſum eſt. Una, ſi pater abſit, nec quicquam eius nomine experiatur. Veluti ſi ab hoſtibus captus ſit, ſi relegatus ab eo loco, ubi dos petitur, aut qui pro abſente eſt, ſi ſit furioſus. Quo caſu placuit filiæ actionem dari nomine patris, & hac de cauſſa exigi ab ea, ut ſatiſdet patrem ratam rem habiturum. *L. ſi cum dotem*, 22. §. *ſi patri*, §. *ſi ſoluto*, *D. ſol. matrim.* Ut ex edicto generali de procuratoribus quoties quis actionem ſibi dari poſtulat. *L. ſervum*, 33. §. *ait*, *D. de proc.* Altera cauſſa eſt, ſi pater præſens actionem movere nolit, & maior ſit dos, quam ut eam videatur filia ex bonis patris poſſe conſequi. Iuſtiniani exceptio in Novel. *de æqualit. dot.* 97. §. *ult.*

XVII. Utcumque autem pater de dote agat, ſemper placet eum ita agere poſſe, ut poſſit hac conditione, quam ſuperior communio exigit, nempe dum agat pater ex voluntate & conſenſu filiæ. *d. L.* 2. §. 1. *ſol. matrim.* Quo loco rurſum proprium quiddam iſtius voluntatis & conſenſus in hac petitione animadvertendum eſt. Nam in cæteris cauſſis, in quibus conſenſus aut voluntas alicuius exigitur, ſic fere ex proprietate verbi, & hominum ingenio accipitur hic conſenſus, ut intelligatur conſentire is demum, qui aperte vult & conſentit. Qui autem non dico contradicit, ſed etiam non contradicens ſilet, is pro invito nedum conſentiente habetur. *L. filiusfamilias*, 8. §. *invitus*, *D. de procur. L. invitum*, 5. *D. de ſervit. urb. præd.* Illud quidem conſtat in cæteris cauſſis, ubi rem ex vero æſtimamus, nunquam furioſum velle aut conſentire exiſtimari. Non dico expreſſe, de quo conſtat; ſed ne tacite quidem. *L. qui ad certum*, 14. *D. loc.* Cum furioſi nulla voluntas ſit. *L. furioſi*, *D. de reg. iur.* Multoque minus pro conſentiente habeatur, qui aperte contradicit. *d. L. invitum*, *D. de ſervit. urb. præd.* Hæc non ſic in illa voluntate & conſenſu filiæ accepta ſunt; ſed benignius pro favore dotis & conditione perſonarum hoc modo, ut ſæpe pro conſentiente habeatur filia, non tantum cum non contradicit, ſed & cum aperte contradicit.

XVIII. Silentium quidem filiæ in hac cauſſa pro conſenſu eſt duobus temporibus. Uno, ſi ita non contradicat, ut nec poſſit contradicere natura: puta, ſi ſit furioſa, aut mente capta. *L.* 2. §. *ult. ſol. matrim.* Nam ſi hic id agitur, ut voluntas eius exquiratur, ut agitur, *L.* 3. *eod.* cur exquiramus voluntatem eius, quam certum eſt velle non poſſe? Altero, ſi filia ſanæ mentis cum ſciret dotem peti a patre & poſſet contradicere, non contradicit. *d. L.* 2. §. *ult. ſolut. matrim.* Scire eam intelligimus, ſi aut præſens eſt, cum pater agit, aut abſens monita patrem agere, non ſignificat ſe non conſentire. Cæterum ſi abſens eſt, moneri oportet, & exſpectari, quid taceat, aut reſpondeat. *d. L.* 2. §. *ult.* Poteſt enim monita contradicere, & iuſtas contradicendi cauſſas adferre. Quid tamen, ſi ignoretur ubi ſit filia, aut tam procul abſit, ut facile moneri, aut de voluntate eius cognoſci non poſſit, utilitas autem dotis petitionem urgeat? Licebit patri petere nihilominus, adhibito tamen remedio communi iuris: nempe ut petat dotem & ſuo & filiæ nomine tanquam procurator; quod poteſt & ſine mandato facere. *L. ſed & hæ*, 35. in pr. *D. de proc.* Solum exigitur ab eo, ut hac parte caveat filiam ratum habituram ex edicto quod exſtat in *d. L. ſervum*, 33. §. *ait*, *D. de proc.* Et hoc eſt remedium, quod in hac re ſtrictim & velut obiter indicatur in *d. L.* 2. in fin. *ſol. matrim.*

XIX. Contradictio autem etiam ipſa filiæ interdum pro voluntate eius habetur: quod tum fit, cum illa contradicendi cauſſam non habuit. *L. ſi cum dotem*, 22. §. *necnon*. *L. dotem*, 37. *eod.* ſcilicet, ut quæ iniuſte contradicit, perinde habeatur, quaſi nec contradixiſset: ut accidit alias in iis, quæ vitioſe fiunt *L. quoties*, *D. qui ſatiſd. cog.* Sola ergo auditur contradicens, quæ habuit iuſtam cauſam contradicendi. Iuſta contradicendi cauſsa eſt, si patris ea ſit perſona, ut periculum sit, ne acceptam dotem conſumat: puta decoctorem eſse, aut alias tam turpem, ut facile id ſit facturus, *d. L. ſi cum dotem*, [7] §. *necnon*. Adeo autem quæ ex hac cauſsa contradicit, non cogitur conſentire patri, ut etsi latitet, ne tali patri conſentire cogatur, deneganda ſit patri actio cauſsa cognita, ut in cognitione verſetur, num filia verecun-

7) Quæ aliæ? Menoch, *Arb*, *Iud.* QQ. C. 242. A, Fab, 5. *Coniect* 19. v. *ideoque officium* in d. §. 6. Tribonianum inſeruiſſe putat.

Digitized by Google

eunde id agat, ut iſto modo per abſentiam patri contradicat, *d. §. necnon.* Quod ſi nihil tale adferetur, erit & contradictio filiæ, & ſilentium ſuperius eiuſmodi, ut in his omnibus videatur dos peti voluntate filiæ. In quo nemo nobis obiiciat & veritatem rei, & alias cauſſas, in quibus de interpretatione voluntatis & conſenſus aliud obſervari diximus. Dicuntur enim iſta in hac cauſſa repetendæ dotis, non quia ſuperioribus modis vere conſentiat filia, ſed quia videatur conſentire, ut eſt in *d. L. 2. §. ult. ſol. matrim.* id eſt quia cum vere non conſentiat, pro conſentiente tamen habeatur, *d. L. 2. §. ult. ſol. matrim.* Recepta autem interpretatio in hac ſpecie iure ſingulari cum propter utilitatem filiæ, tum propter reverentiam a filia patri debitam, item & affectum patris. Intereſt filiæ dotem peti, & recipi a patre, quam ipſe poſtea iterum det ad eam elocandam. Reverentia patri debita facile ſuadet, ut filia ſequatur iudicium & voluntatem patris. Affectus autem patris erga filiam facit, ut recte tota hæc cauſſa patri committatur, niſi filia aperte & iuſte diſſentiat, aut de abſente iuſte dubitetur, an poſſit id facere. Nam pater pro affectu paterno recte & in rem filiæ omnia conſulet, cum nullus ſit amor, qui vincat paternum. Ratio in re ſimili reddita in *L. ult.* in pr. *C. de cur. fur.*

XX. Hunc conſenſum & voluntatem filiæ in repetitione dotis non omnibus temporibus exigimus, ut intelligatur pater dotem communem recte petere. Unum tempus hic ſpectamus, & id litis conteſtatæ: ut ſive tunc iure diſſentiat filia, nihil proſit patri ipſam aliquando conſenſiſſe: ſive tum conſentiat, nihil noceat ipſam prius diſſenſiſſe. *L. ſi cum dotem, 22. §. eo autem, ſol. matrim.*

XXI. Apparet ergo ex his in dote non ſolum exigenda, ſed etiam ſolvenda quæ communis eſt patris & filiæ, utriuſque voluntatem exquiri debere. *L. 3. D. eod.* Effectus hic eſt, ut ſi alterutrius voluntas defuerit, neuter alterius conditionem facere poſſit deteriorem, *d. L. 3. L. ſolvendo, D. de neg. geſt.* Id autem habet in utriuſque perſona hanc ſignificationem, ut ſi patri dos ſoluta ſit ſine voluntate filiæ, dotis actio adverſus maritum filiæ non ſit adempta; quandocunque ſui iuris facta fuerit: *d. L. 2. §. 1.* *ſol. matrim.* & contra ſi filiæ reſtituta ſit citra voluntatem patris, nihilominus patri & viva filia & mortua ſuperſit actio, ut dos ei ſolvatur, *d. L. ſi cum dotem, 22. §. 1. eod.* Horum tamen utrumque interdum aliter ſe habet, iuſtis de cauſſis ius ſuperius temperantibus, atque id efficientibus, ut filiæ quandoque denegetur actio, etſi patri dos ſoluta ſit ſine conſenſu filiæ; nonnunquam denegetur patri, etsi ſine voluntate eius ſoluta ſit dos filiæ, quia ſcilicet non ſit, quod illa, aut hic conquerantur.

XXII. Patri igitur ſoluta dote citra voluntatem filiæ, huic de dote agere non licet duabus de cauſſis. Una, ſi pater receptam eam dotem alii viro eius filiæ nomine dedit: *L. 4. D. ſol. matr.* ſic enim videtur maxime dos ad filiam perveniſſe: cum dos etiam conſtante matrimonio efficiatur mulieris, *L. quamvis, 75. D. de iur. dot.* Altera, ſi filia a patre inſtituta heres, aut ex legato tantum ſit conſecuta, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri ſolvit. Ubi placet eam accepto contentam eſſe debere, & cum dote debere acceptum compenſare. *L. ſi cum dotem, 22.* [8] *§. 3. D. ſol. matrim.* Et tamen ſi maritus ipſe quid reliquerit uxori, placet nihilominus uxorem utrumque conſequi & legatum & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus reliquerit; quod cautum eſt in *L.* [9] *unica, §. ſciendum, C. de rei uxor. act.*

XXIII. Non ſunt hæc contraria, quæ voluntas patris, & mariti aperte diſtinguit. Pater cum dotem a genero ſuo recipit, omnino hoc animo eſt, ne unquam filia ab eo hanc dotem repetat. Pertinet enim ad patris exiſtimationem, ne maritus fallatur, ut cogatur iterum ſolvere, quod iam patri ſolvit. Quæ cum patris voluntas ſit, credibile eſt, quidquid ille in filiam contulit, ipſum hoc relictum ad eam cogitationem retuliſſe, ut filia eo contenta nihil in poſterum adverſus eam voluntatem faceret. Eſt etiam æquum, voluntatem patris in hac re ſervari, ſi ſervari poteſt ſine filiæ iniuria, idque filia conſecuta ſit beneficio patris. Nulla autem iniuria eſt filiæ, ſi dotem non repetat, ubi tantundem eſt a patre conſecuta. At cum maritus aliquid legat uxori, neque addit ſe id legare, ut pro dote cedat: nihil hic proponitur in voluntate eius; quaſi velit ita fieri. Quinimmo ſolutionis dotis, & lega-

8) Quam emendant Cuiac. 3. Obſ. 16. pro *tantum*, *quantum* reponens *amplius quam*, & A. Fab. 4. *Conject.* 9. pro *neminі* legens *minime* vel *non*. Vid. Rob. 2. *Animadv.* 16. Cabot. 1. *Diſp.* 28. ubi conciliat *L. ſi pater* 4. *de collat. dot.*

9) Olim contra ex edicto de alterutro, de quo vid. Cuiac. 3. *Obſ.* 16. & A. Guib. *de Matrim. Tit. ſingularis dotis n.* 19.

legati natura contrariam eius voluntatem declarat. Nam ſolutio debiti neceſſitatis eſt; legatum autem liberalitatis & beneficentiæ: quæ tam diverſa in eamdem rem non cadunt.

XXIV. Non minus & in eam partem, qua dos filiæ ſoluta eſt ſine voluntate patris, denegatur interdum & patri actio. Quod item duobus caſibus receptum eſt. Uno ſi pecunia ſoluta ad patrem pervenit. *L.* 3. *D. ſol. matrim.* Altero, ſi non perdituræ, & iuſtis ex cauſſis ſoluta ſit. *L. ſi cum dotem*, 22. §. 1. *eod.* Non perdituræ & ex iuſtis cauſſis dotem reſtitutam accipiemus, ſi reſtituta ſit ex iis cauſſis, propter quas conſtante adhuc matrimonio eam recte reſtitui ſupra diximus; cauſſæ comprehenſæ in *d. L. quanvis*, 20. & *L. ſeq. eod. tit.*

XXV. Sed hæc omnis petitio, quam patri tribuimus in dote ab eo profecta, itemque illa communio patris & filiæ, quam hic eſſe diximus, hactenus perſeverat, quoad filia ſoluto matrimonio in patris poteſtate erit: Quod ſi ſoluto matrimonio prius quam dos ſolveretur patri, filia ſui iuris eſſe cœperit, exinde & dos & dotis actio tanquam proprium patrimonium ad filiam revertitur, quocunque tandem modo exierit de poteſtate, ſive morte patris, ſive eius deportatione, ſive ſit a patre emancipata. *L. unica*, §. *videamus*, §. *& hoc*, *C. de rei uxor. act. L. in inſulam*, 42. in pr. *D. ſol. matrim.* Sed quomodo quæ prius actio patris erat, in filiam transfertur ſine voluntate patris; cum regula iuris efficiat, id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium tranſire non poſſe? *L. id quod noſtrum*, *D. de reg. iur.* Quia ſane neque dos, neque dotis actio vere antea fuit patris, ſed filiæ. Dotem quidem eſſe proprium patrimonium filiæ iam aliquoties diximus. Quod ad petitionem attinet, eius exercitio ſola eſt patris, actio filiæ. Atque hæc ipſa exercitio non perpetua, ſed tributa patri pro eo ſolum tempore, quo filia eſt in eius poteſtate: non quia interim dos ſit eius, ſed quia tandiu eius intereſt dotem ad eum redire, qui pro officio patris filiam dotare debet, ut diximus. Hæc neceſſitas dotis dandæ tollitur, cum pater filiam in poteſtate habere deſiit. *L. capite* 19. *D. de rit. nupt.* Non mirum igitur, ſi cauſſa dotis dandæ ſublata, etiam exercitio actionis deſinit. Qua patri adempta, nimirum ſolida actio incipit eſſe filiæ. Adeo autem actio ad filiam pertinet, cum patris poteſtate liberata eſt, ut poſſit dotem petere non tantum a marito, aut heredibus eius; ſed etiam a patre ipſo, aut patris heredibus, ſi proponas patrem filiæ genero ſuo, eidemque filiæ marito heredem exſtitiſſe. *L. ſi ſocer*, 44. in pr. *D. ſol. matrim.* Quid plura? quanvis pater lite de dote conteſtata ex voluntate filiæ, & re ſecundum eum iudicata deceſſerit: placet tamen actionem, quæ patri quæſita videbatur, filiæ dandam eſſe, non heredibus patris. *L. ſi marito*, 31. §. *ſi voluntate*, *D. ſol. matrim.* Atqui nova hæc iudicati obligatio eſt a patre contracta, unde & ei iudicati actio acquiritur. *L.* 3. §. *idem ſcribit*, *D. de pec.* Sed ut lis conteſtata eſt voluntate filiæ, & in re eius, ſic & actio eodem modo quæſita patri: ut appareat in hac re primam cauſſam eſſe filiæ. Et generaliter tenendum eſt, cuius principaliter in iudicio res eſt, quo nomine agitur, ad eum etiam partam eo nomine iudicati actionem redire debere. *L. ſi procurator meus*, 28. *D. de proc.*

XXVI. Sed etſi ſoluto matrimonio filia cum adhuc in poteſtate eſſet patris, mandaverit marito, ut dotem patri redderet, & iam maritus mandatum ad rem contulerit, ut ſcilicet ſolveret partem patri: ſi tamen prius quam altera pars ſolveretur, filia ſui iuris eſſe cœperit, placet eam neque mandato ſuo, neque mariti ſolutione impediri, quominus reliquam partem ſuo iure recte petat. *L. pen. L. filiafamilias*, *D. ſol. matrim.* Non enim ſuperiore iuſſu filia ceſſit patri ſuas actiones, ut quis dicat, cum pater creditor aliquid ex eo debito acceperit, inhiberi cedentis exactionem, ex *L.* 3. *C. de novat.* ſed mandavit ſolum marito, ut quid faceret. Mandatum autem ſola voluntate recte revocatur. §. *recte*, *Inſt. de mand.*

XXVII. Sed meminerimus ſuperiora omnia de repetitione dotis profectæ a patre, qui filiam in poteſtate habuit, dicta eſſe de eo patre, qui filiæ nomine ſimpliciter dotem dedit, nulla ſcilicet interpoſita de dote reſtituenda conventione. Quod ſi caverit dotem ſibi reſtitui ſoluto matrimonio, eſt, ubi mutetur ius ſuperius; eſt etiam, ubi nihilominus perſeveret inutili pactione conſtituta. In quo non idem ſervatur, quod in conventione ab extraneo interpoſita ſervari diximus. Eſt autem diſſimilitudo duplex. Nam hic ex parte minus tribuitur paciſcenti patri, qui filiam in poteſtate habuit; ex parte plus quam extraneo.

XXVIII. Minus tribuitur in eo, quod extraneus dotem dans ea lege, ut ſoluto matrimonio ſibi reddatur, dotis actionem ſibi acquirit, ſive ſtipuletur id ita fieri, ſive

ſive paciſcatur tantum. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei ux. act.* cuius rei ſupra rationem reddidimus. Pater autem non extraneus idem cavens, ita actionem dotis propriam ſuam facit, ſi ſtipuletur eam ſibi reddi. *L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* Pactus tantum, quanvis incontinenti id faciat, nihil agit. Non enim, ut eſt in *L. avia*, *C. de iur. dot.* actionem dotis profecticiæ nomine ſibi competentem conventione ſimplici creditur innovare. Et hoc eſt: patri qui filiam in poteſtate habuit, dotis profecticiæ actio competit ſine alia conventione. Hanc eandem neceſſe eſt eum conventione de dote reſtituenda interpoſita retinere, niſi eam novatione in aliam actionem transferat. At hanc ſimplici pacto non creditur innovare, quia ſtipulatione novatio fit, non item pacto. *L.* 1. *D. de novat.*

XXIX. Rurſum alia parte huic patri de dote ſibi reſtituenda caventi plus tribuitur, quam extraneo idem ſtipulanti, quod extraneus ſi ex intervallo etiam ſtipuletur dotem ſibi reddi ſine voluntate mulieris, actionem de dote mulieri ab initio quæſitam in ſuam perſonam non transfert. *d. L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* nam dotem quidem dederit ante nuptias, & ante nuptias ſtipuletur eam ſibi reddi non conſentiente muliere. *d. L. quod Servius*, *D. de cond. cauſ. dat.* Pater contra, qui filiam in poteſtate habet, hoc ipſum recte ſtipulatur ante nuptias, cum prius dotem dediſſet, & ſtipulando actionem ſibi acquirit, quanvis ſecutæ ſint poſtea nuptiæ. *d. L. quoties*, verſ. *plane*, *ſol. matrim.* Differentiæ ratio eſt, quod extraneus ſimpliciter dotem dando, facit: ut dos mulieri acquiratur in eum caſum, ſi nuptiæ ſequantur. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei ux. act.* Quominus autem ſequantur, facto ſuo & voluntate impedire non poteſt, ut ſic ſemper videatur dediſſe, quaſi nuptiis ſecutis. At pater non extraneus ante nuptias dote data, quandiu nuptiæ ſecutæ non ſint, perinde habetur, quasi non dediſſet, niſi quatenus velit. Eſt enim in eius poteſtate nuntium remittere ſponſo, atque ita ſponſalia diſſolvendo efficere, ne ulla dos ſit, ullave dotis actio proprie quæſita filiæ. *L. in poteſtate*, *D. de ſponſ.* Quod ſi hic pater ex intervallo ſtipulatus erit conſentiente filia, dotem ſibi reddi, tum quidem valere poteſt ſtipulatio: *d. L. quoties*, 29. *D. ſol. matrim.* ſed ita, ut in hac parte ſerventur eædem conditiones, quas in huiuſmodi ſtipulatione extranei ſervari, ante in extraneo diximus, ex *L. poſt dotem*, 40. *D. ſol. matrim.*

XXX. Hæc varietas iuris eſt in perſonis eorum, quibus ſoluto matrimonio dos reddi debet: in quo licet animadvertere, quam ſint pleraque omnia propria huius reſtitutionis diverſa a reliquis contractibus qui re fiunt. Perſonæ eorum, qui dotem reſtituere debent, quique actione huius obligationis propria tenentur, nihil in hoc genere proprium habent. Ut enim ex cæteris contractibus, qui re fiunt, is tenetur, qui rem accepit, & is ſolus; ita & in dotis reſtitutione ſolus, qui dotem accepit. Proinde maritus accepta dote ſemper, aut si qui nomine mariti acceperunt, ut interdum ſocero dos datur filii nomine. *L. ſi eum dotem*, 22. §. [10] *transgrediamur*, *D. ſol. matrim.* Quanquam hi diſſimili ratione tenentur. Nam in perſona mariti vere dos eſt, eo quod matrimonii ſuſtinendi cauſſa ei datur. *L.* 1. *D. de iur. dot.* Ideo is actione huius obligationis propria tenetur; olim rei uxoriæ, hodie ex ſtipulatu ex conſtitutione Iuſtiniani; de qua paulo poſt. Extraneo autem, & omni qui maritus non eſt, dos non eſt id, quod datur. Ita actione dotis propria eo nomine conveniri non poſſunt. Sed ut rem accipiunt ob cauſſam, ut in uſum & poteſtatem dotis marito convertant, ita ſoluto matrimonio tenebuntur condictione ſine cauſſa, id eſt condictione ob cauſſam dati cauſſa finita. *L.* 1. *D. cond. ſine cauſ.*

XXXI. Præter eum qui dotem accepit, nemo tenetur ex ea cauſſa principaliter. Per conſequentiam multis modis poſſe conveniri patrem legimus, cuius filio quem in poteſtate habet dos data ſit: ut quod iuſſu, de in rem verſo, de peculio. *d. L. ſi cum dotem*, 22. §. *transgrediamur*; *L. ſi filiofamilias*, 53. *D. ſol. matrim.* Sed communia hæc cum omnibus obligationibus, quæ ex contractibus filiorumſamilias. Eoque ad hunc locum proprie non pertinent. Ius de his comprehenſum *Inſt. quod cum eo*. De quo dicetur ſuo loco.

CAP.

10.) Item ſi ei imputari poſſit cur non exegerit *L.* 33. *de I. dot.* Quod ſi mulier ipſa promiſit, nec ab eo dos exacta eſt, habet quidem actionem mulier ut promiſſione per acceptilationem liberetur, quæ alias haberet contra peſtionem ex promiſſione dotis exceptionem doli *L.* 38. §. 1. *de pecul.* ſed non habet repetitionem dotis perinde ac ſi data eſſet. Neque enim probe marito imputabit uxor quod ſecum durius non egerit, nec abſolutionem urſerit, Cuiac. 8. *ad Afric. in d. L.* 38. §. 1.

C A P. VII.

Quid in repetitionem & reſtitutionem dotis veniat: quid inde apud maritum manere debeat: De fructibus dotis, eorumque diviſione inter coniuges.

Quid veniat in reſtitutionem dotis, & quandiu. I.

Nihil eorum quæ dotis nomine aut in generibus tradita, aut æſtimato data ſunt, redditur: ſed aliud tantumdem aut æſtimatio. Quæ eiuſmodi. II. III. IV. VI.

Eadem perpetuo debentur, donec aut ſolvantur, aut creditori ſatis fiat eorum nomine. V. VI.

Si convenerit ut res æſtimato datæ reddantur si extent, eædem redduntur. Si, ut res, aut æſtimatio præſtetur: mariti erit electio. VII.

Res inæſtimatæ deſinunt deberi, ſi pereant: ſi vero extent, & res datæ, & earum commoda debentur præter fructus. VIII. IX.

Commoda aut non ſunt in fructu; aut ſi in fructu, percepta ante nuptias, vel ſoluto matrimonio. X.

Priora in reſtitutionem veniunt. Eorum quatuor ſpecies, & quæ illæ. XI.

Poſteriora eatenus reſtituenda, quatenus non fuere in dotis fructu. XII. XIX.

Fructus dotis quando tales fieri incipiunt aut deſinunt. XIII. XIV.

Portio fructuum dividenda inter maritum & uxorem pro ea anni parte, qua matrimonium ſtetit. XV.

Anni initium ex eo die, quo dos eſſe cœpit, computandum. Interpretatio L. 7. §. Papinianus D. ſol. matr. XVI. XVII.

Nomine fructuum qui veniant. XVIII.

Summa iuris de fructibus perceptis a marito reſtituendis conſtituta. XIX.

Fructus etiam non percepti dolo vel culpa a marito reſtituendi, percipiendorum cautio præſtanda. XX.

Quandiu repetitio dotis perſeveret, quibus ex regulis æſtimandum. Quæ propria huius loci. XXI. & ſeqq.

Cum ſpecies certa debetur, ſi pereat aut deterior fiat: intereſt caſu ne, an culpa mariti. XXII.

In caſu doti cum aliis liberationibus communis eſt definitio; & quæ. XXIII.

In culpa ſecus. Quæ in re differentia, & quæ differentiæ ratio. XXIV.

Actio dotis petendæ cauſſa extraneo prodita duplex, & quæ. Communis utraque. XXV.

Mulieri actio prodita triplex. XXVI.

1. Actio in perſonam, vel ex ſtipulatu. XXVII.

Poſterior hæc ex Iuſtiniano habet iudicium bonæ fidei, & exigendi prærogativam. XXVIII.

2. Actio hypothecaria. Quæ huius privilegia. XXIX.

Quam vim habet hæc Pomponii definitio: dotis cauſſa ſemper, & ubique præcipua. XXX.

His actionibus maritus convenitur, in quantum facere poteſt. XXXI.

3. De re dotali actio in rem. Eius prærogativa ſuperior duabus reliquis; & quatenus. XXXII.

I. **D**Einceps ſequuntur res, quæ in obligationem eoque in repetitionem & reſtitutionem dotis veniunt. De quo ſi quæritur, ſic recte definiemus, venire id quod debetur, & quandiu debetur. Ita hic res omnis huc redit, ut quæratur, quid hic debeatur, & quandiu.

II. Quorum de utroque facilis eſt, & paucis admodum contenta definitio in iis rebus, quibus in dotem datis alias deberi diximus. Sic enim licet breviter de his in univerſum definire, iſtas alias ſolas deberi, nihil autem eorum quæ in dotem data ſunt; & quæ hic ſemel deberi cœptæ ſunt perpetuo deberi, donec aut ſolutæ ſint, aut eo nomine mulieri, eive ad quem ea res pertinet, ſatisfactum, aut actio præſcriptione temporis excluſa. Quorum utrumque in ipſis generibus agnoſcamus.

III. Earum ergo rerum genera duo eſſe ante diximus: res, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, & res cæteræ quæ æſtimatæ in dotem datæ ſunt. Quid ergo hæ, & quale eſt, quod in his debetur?

IV.

IV. Priores ſcilicet in dotem in hoc dantur, ut ſtatim fiant mariti pleno iure; non ut eadem quandoque reſtituat, quippe quæ ita dentur, ut maritus his utatur pro arbitrio, utendo conſumat; quæ harum rerum natura eſt. Proinde ut reddat alias. Et quoniam id agitur ſine iniuria mulieris, etiam illud agi intelligitur, ut aliæ reddantur eiuſdem generis, & qualitatis, *L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* ſimili plane obligationis genere, quales in mutuo illarum contrahitur. De quo eſt in *L.* 2. in pr. & §. 1. *D. ſi cert. pet. Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr.

V. Atque ut in hoc genere aliæ res debentur ſolæ, ita etiam contra ſic eſt hæc obligatio, ut res ipſæ cœptæ, non prius deberi deſinant, quam aut ſolutæ ſint, aut creditori eo nomine ſatisfactum. Quod eo pertinet, ut intelligatur, cum aliis rebus poſſit debitor alicuius rei interitu liberari, in hoc genere hoc evenire, ut hoc modo non poſſit. Nam cum ita ius ſit, ut liberari poſſit debitor quivis interitu rei, ſed rei tantum debitæ, de quo dicetur in liberationibus: *L. quod te*, 5. *D. ſi cert. pet. L. ſi ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* hunc interitum ſuperior obligatio non admittit. Nam ipſæ res quæ debentur, cum debeantur generaliter, incertæ, & nullo loco certo comprehenſæ, non poſſunt dici periiſſe, quæ nuſquam oſtenduntur. Poſſunt quidem illæ perire, & auferri, quæ in dotem datæ ſunt, utpote certæ, & quæ ſubiectæ ſint caſibus omnibus fortuitis. At iam effectum eſt eas non deberi, ut proinde ad conſtitutionem ſuperiorem non pertineant. Ita liberatione interitus hic ſublata, nihil relinquitur, niſi, ut quæ prius fuerat obligatio, nunc quoque perſeveret, donec ſolutione, aut ſi quæ alia ſolutionis vim habeat, maritus in his liberetur. Atque ex his ſumptum eſt, quod veteres de commodis illarum rerum, deque periculo mariti in his tradiderunt. Dari has ſcilicet, ut maritus ad arbitrium ſuum eas diſtrahat; proinde & commodo ſuo prout viſum erit: & eaſdem eſſe periculo mariti. *d. L. res in dotem*, 42. *D. de iur. dot.* Neceſſe eſt enim his amiſſis detrimentum, & periculum mariti eſſe, ſi nihilominus adhuc ita tenetur, quaſi non periiſſent.

VI. Eadem cauſſa rerum cæterarum, quæ in dotem datæ æſtimatæ ſunt. Nam hic quoque res ipſæ non debentur. Non tamen ut aliæ præſtentur eiuſdem generis, quando neque id agitur; neque res in ſuo genere recipiunt functionem, ut ſuperiores, quomodo de his loquitur Paulus in *L.* 2. §. 1. *D. ſi cert. pet.* ſed debetur æſtimatio. Quippe æſtimatio venditionem facit. Unde & maritus rerum dominium conſecutus ſummæ velut pretii debitor efficitur. *L. plerunque* 10. §. *ſi ante*, *D. de iur. dot. L. quoties*, *C. eod.* Atque adeo huius ſummæ recipiendæ nomine non rei uxoriæ aut ex ſtipulatu actio eſt, ſed ut in vera venditione ex [1] vendito. *L. cum dotem*, *C. eod.*

VII. Sane ſi rebus in dotem datis convenerit, ut res ipſæ ſoluto matrimonio, ſi extarent, redderentur, conventio ſervanda eſt, & res ipſæ extantes reddi debebunt. *L. æſtimatis*, 50. *D. ſol. matrim.* Quæ ſi perierint aut deteriores factæ ſint, tum nihilominus [2] æſtimatio debebitur. Hac lege, ut æſtimatio adiecta non ſolum proſit mulieri, ne res periculo eius ſit; ſed etiam marito, ne ſi forte res multo pluris fuerint, quam æſtimatæ datæ ſunt, maritus amplius præſtare debeat, quam id pretium, quo taxatæ ſunt hæc in *L. ſi inter*, *C. de iur. dot.* Si tamen convenerit diſiunctim, ut aut æſtimatio, aut res præſtentur, niſi quid adiectum ſit, ut eligat uxor, utrum malit, mariti electio erit. *L. plerumque*, 10. §. *ult. D. de iur. dot.* Sicut accidit in omnibus aliis debitoribus, qui illud aut illud ex conventione debent, §. *hanc autem*, *Inſt. de act.* Hinc de commodis, & periculo harum rerum eadem tradita, quæ & in ſuperioribus. Nempe & commoda harum rerum, & periculum ac detrimentum ad maritum pertinere. *L. plerumque*, 10. in pr. *D. de iur. dot. L. cum dotem*, *C. eod. L. unica*, §. *cumque*, *C de rei uxor. act. L. pen.* §. *mancipia D. ſol. matrim.*

VIII. In cæteris rebus, quæ æſtimatæ in dotem datæ non ſunt, ius in utramque partem commutatur, quamobrem & incipit hic locus patere latius. Nam & hic plures res debentur, & quæ ſemel deberi cœperunt, ſit, ut interitu deſinant deberi, atque hoc modo maritus liberetur. Quæ res hic debentur, partibus multæ, genere duæ

1) Quando æſtimatio rerum dotalium emptionem conſtituat. Vid. Covar. *pract.* QQ. C. 18. Menoch. 3 *Præſumpt.* 64. *n.* 14. *&* *ſeqq.* Add. Sc. Gentil. *Lib. de Æſtim. rer. in dot. dat.*

2) *L. pen.* §. 3. in verbis: pro periculo mancipiorum *D. Sol. Matr.* Quod tamen Covar. *d. C.* 28. *n.* 4. ſic accipere videtur ſi ſaltem leviſſima culpa mariti, alias non præſtanda, acceſſerit.

Digitized by Google

duæ ſunt; res in dotem data, & commoda quæ ex ea ad maritum pervenerunt, aut pervenire potuerunt. Res data omnino, quæ & ipſa in petitionem venit. *L. æſtimatis*, 50. *D. ſol. matrim. L. in rebus*, 17. in fin. *D. de iur. dot.* Idque ita eſt, non tantum ſi res fuit mulieris, aut eius qui dedit, ſed etſi aliena in dotem ſit. *L. ſi alienam*, 11. *eod.* Nam ut ſupra dixi, res conventione hic geritur, dum id agitur in dote danda, ut quod in eam cauſſam pro oneribus matrimonii datum eſt, ſoluto matrimonio & exemptis oneribus reddatur.

IX. Commoda dotis ita ſe habent. Fructus dotis ad maritum pertinent pro oneribus matrimonii. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Sed hi ſoli ex his commodis. Cætera dotem augent, & tanquam pariter debita una cum re in dotem data in reſtitutionem veniunt. Quod ita eſſe certo ſtatuemus, ſi generibus & partibus horum commodorum propoſitis, reperiemus omnia in ea cauſſa eſſe, quam diximus.

X. Et ſunt horum commodorum genera duo. Unum eorum, quæ non ſunt in fructu. Alterum eorum, quæ ſunt in [3] fructu quidem, ſed percepta ſunt aut ante nuptias, aut ſoluto matrimonio.

XI. Quæ commoda in fructu non ſunt, earum ſpecies ſunt quatuor, ac totidem eorum, quæ placet reſtitui debere. Prima ſpecies eſt earum rerum, quæ aliunde ad res dotales acceſſerunt. Ut ſi quid fundo dotali accreverit per alluvionem; ſi inſula in flumine nata propter propinquitatem ei ceſſerit; ſi fundo, cuius uſusfructus alienus erat, in dotem dato, uſusfructus amiſſus ad proprietatem redierit. Hæc incrementa ſunt dotis, & reſtitui debere placet. *L.* 4. *L. plerumque* 10. § 1. *D. de iur. dot.* Scilicet quia non ſunt in fructu cum fructus rei ſit, quod ex re provenit. *L.* 7. *L. item ſi* 9. *D. de uſufr.* Hæc autem extrinſecus ad rem accedant. Secunda ſpecies eſt earum rerum, quæ naſcuntur quidem ex re dotali; ſed non ſunt in fructu Cuius generis in fundis arbores, & ſilva non cædua. *L. ex ſilva*, 10. *L. ſeq. D. de uſufr.* in animalibus ancillarum partus. *L. in pecudum*, *D. de uſur.* Ideo & illas ad ius mariti non pertinere, & hos dotem augere ac venire in reſtitutionem traditur. De illis in *L. fructus*, 7. § *ſi fundum*, & *L. ſi fundus ſeq. D. ſol. matr.* de his in *L. plerumque* 10. §. *ſi ſervi L. unica*, §. *cumque C. de rei uxor. act.* Tertia ſpecies eſt eorum, quæ per ſervos dotales quæſita ſunt neque ex re mariti, neque ex operis eorum, ut ſi quid his donatum ſit, ſi legatum, ſi heredes inſtituti hereditatem iuſſu mariti adierint. Hæc quidem in fructu non eſſe conſtant, cum nihil ad eum qui in ſervo uſumfructum habet, pertineat, §. *de his. Inſt. per quas perſ. nob. acq. L. ſi ſervi*, 21. & ſeqq. *D. de uſufr.* Quamobrem & ea ſi ad maritum pervenerint, aut pervenire potuerint, de his mulieri recte reſtituendis tenetur. Ex quo eſt conſilium Modeſtini in *L. ſervus*, 58. *D. ſol. mat.* Ut ſi maritus aliquid metuit damni ex hereditate ſervo delata, ſi iubeat ſervum adire, quod forte uxor non metuat, reddat ſervum uxori ea conditione, ut cum iuſſu eius adierit, rurſum marito retradatur Ita enim & mariti ſollicitudini conſultum fore ait, & uxoris deſiderio pareri. Quarta ſpecies eſt eorum, quæ ſervis dotalibus a marito manumiſſis ad eum pervenerunt iure patronatus: ut ſunt ea quæ imponuntur manumiſſionis cauſa: ut hereditas liberti. Quæ iure patroni ad eum rediit. Hæc cum perveniant ab hominibus liberis quibus non fruimur, perſpicuum eſt in fructu non eſſe. Sed tamen in commodis dotis eſſe conſtat, cum per cauſſam dotis ad maritum perveniant. Ideo & de his maritum mulieri teneri placet, ut reddat ſoluto matrimonio non aliter quam ſi mulier ipſa manumiſiſſet Ut hic quoque agnoſcere liceat maritum pro tempore videri dominum eſſe ſubtilitate iuris; cæterum emolumentum dominii vere uxoris eſſe.

XII. Alterum genus eorum commodorum dotis, quæ in reſtitutionem veniunt, diximus eſſe eorum, quæ ſunt in fructu quidem; ſed tunc percepta ſunt, cum dotis non eſſent. Id cum aliter intelligi non poſſit, quam ſi conſtiterit, quid de fructibus dotis & quatenus ad maritum redire debeat; pertinet ad hunc locum, ut de eo iam conſtituamus.

XIII. Sit ergo hoc initium, fructus dotis ad maritum pertinere pro oneribus matrimonii. Conſtitutio multis locis tradita. Ut *L. dotis*; 7. in pr. *L. plerumque*, 10. §. *ſi ſervi*, *D. de iur. dot. L. ult. D. ſol. matrim. L. unica*, §. *cumque C. de rei uxor. act.* Sed fructus dotis exigimus, *d. L. dotis*, 7. *de iur. dot.* Ex quo intelligere licet, & ex quo tempore incipiant hi fructus fieri mariti, & quo tempore fieri eius deſinant. Et de priore si quæ-

3) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. & 3. *ſeqq.* n. 33. Io. Cop. *Lib.* 3. *de Fruct. Tit.* 2. toto.

Digitized by Google

quæritur, ſic recte definiemus tunc demum fructus incipere eſſe dotis, cum ex re quæ iam dotalis erat, percepti ſunt. *L. ult. D. ſol. matrim.* Idque eſt, quod apertius definitur in *L. 5. D. ſol. matrim.* in fructibus a marito retinendis neque diem dotis conſtitutæ, neque diem nuptiarum obſervandum eſſe, *ſed quo primum dotale prædium conſtitutum eſt.* Quod & de aliis rebus intelligendum eſt. *d. L. ult. D. ſol. matrim.* Hinc quæſtio, quando prædium dotale, quando res mobilis dotalis eſſe incipiat. Et ut ſit prædium dotale (quod & ad cæteras res omnes etiam mobiles pertinere intelligendum eſt) duabus rebus continetur; ut prædium traditum ſit nomine dotis, & ut nuptiæ ſint ſecutæ. Primum id demum intelligi debet prædium dotale, non de quo convenit conſtitutione mulieris, ut doti eſſet, ſed cuius tradita eſt poſſeſſio dotis cauſſa. *d. L. 5.* in fin. *D. ſol. matrim.* Hoc ideo, quia proprium eſt dotis, ut eius dominus fiat maritus. *L. 1. D. de iur. dot.* Traditionibus porro, non nudis pactis dominia rerum transferuntur. *L. traditionibus, C. de pact.* Et ideo ut maxime inſtrumento dotali prædium conſtitutum ſit in dotem, & nuptiæ ſecutæ; ſi tamen poſt aliquot menſes prædium traditum ſit marito, non computabimus ei tempus ad fructus habendos, niſi ex quo tempore ei tradita eſt poſſeſſio. *d. L. 5. ſol. matrim.* Sed tamen nihil agit ad dotem conſtituendam ſola traditio: ſemper nuptias intervenire oportet, ut dos ſit, & ſi quid eſt, quod velimus eſſe dotis: cum dos ſine matrimonio eſſe non poſſit. *L. 3. D. de iur. dot.* Proinde ſi ſponſalibus contractis prædium iam ab initio multo ante nuptias dederit in dotem ſponſo, non tamen prius fructus eius fient, quam nuptiæ contractæ fuerint. *L. ſi ante, 6. D. ſol. matrim.*

XIV. Quod ſi iam quæritur, quouſque fructus fiant mariti; id eadem definitio nos docebit. Nam ſi mariti fiunt fructus ii ſolum, qui ſunt dotis, conſequens eſt nec diutius prædii in dotem dati fructus ad maritum pertinere, quam ſteterit matrimonium. Quippe ſoluto matrimonio, dos eſſe deſinit, quæ ſine matrimonio, ut dixi, eſſe non poteſt. *L. 3. de iur. dot.* proinde & prædium eſſe dotale, & quidquid antea dotale fuerat.

XV. Ex quo ſi toto anno, quo fructus percepti ſunt, matrimonium ſtetit, & prædium dotale fuit, totius anni fructus ad maritum pertinebunt. Sin eo nondum exacto finitum erit, eveniet, ut noviſſimi huius anni fructus inter maritum & uxorem dividendi ſint pro portione, ut pro modo temporis quo matrimonium ſtetit, ex quo dotale prædium fuit, fructus marito cedant; reliqui temporis mulieri. Quæ diviſio illa eſt, quæ commemoratur in *d. L. de diviſione, 5. ſol. matrim.* pluribus autem & diſerte ſtatuitur in *L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.*

XVI. Tantum hoc ſpectandum eſt in hac diviſione, unde poſtremi huius anni initium computemus. Et iam ſupra effectum eſt computandum eſſe ex eo die, quo primum dotalis res eſſe cœpit. Ac quando dotalis eſſe incipiat, eodem loco diximus. Ac dividi quidem debere illius anni fructus inter virum & uxorem, eiusque anni initium cedere inde, unde dixi ſententia eſt *L. fructus, §. Papinianus, § ex contrario, ſeq.* & deinceps, *D. eod.* Neque enim toto eo loco alio ſpectat Ulpiani diſputatio, quam ut collectis cuiuſcumque generis fructibus, qui in hunc annum incurrent, declaretur in omnibus fructus quidem ad maritum pertinere: ſed non longius, quam pro modo eius temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & prædium fuit dotale: uſque adeo, ut ſi in id tempus, quo matrimonium ſtetit, incidant duo genera fructuum, tanquam duorum annorum fructus, quorum priores collegerit maritus, nihil tamen is ex utroque amplius percipere debeat, quam pro modo eius temporis. Quam ad rem demonſtrandam maxime comparata eſt ea ſpecies, & reſponſum quod proponitur ex Papiniano in *d. L. fructus, §. Papinianus, ſol. matrim.* quod quoniam ſemper obſcurum habitum eſt, nunc breviter exponam.

Ad L. fructus, 7. §. [4] Papinianus, D. ſol. matrim.

XVII. Mulier contractis nuptiis fundum marito tempore vindemiæ in dotem dedit

4) Quam variantes vero interpretationes perpeſſa *d. L. 7. §. 1.* quantis contentionibus vexata? Nolim hic vel referendis vel refellendis aliorum expoſitionibus immorari, ſpectatæ brevitatis memor. Adeat eas cognoſcere avidus Alc. 3 *Parad.* 1. Coraſ 5. *Miſc* 7. Loriot. *Tr. de Fructib. Ax.* 36. *& ſeqq.* Zaſ. & Gribald. *ad d. L.* 7. Cuiac. 2. *Sent. Pauli* 22. 14. *Obſ.* 22. 4. *Feud.* 30. *&* 2. *not.* Merc. 8. & Rob. 2. *Anim.* 8. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Diſp. civil. p.* 185. *& ſeqq.* Charond. 1. *Veriſim.* 10. Henr. a Suerin. *Rep. Lect.* C. 32. A Fab. 1. *Coniect.* 13 Pac. *in Explic. eiuſd. L.* Alex. Turamin. noviſſime Tinæ. Fab 1. *Annot.* 11. Nullum ex his ſententiam Papiniani penitus aſſecutum ſuſpicor. Alii verba L. (ut putant) amplexi contra rationem & ſententiam aperte nituntur, & a iuſta computatione recedunt, malique ſunt arithmetici. Alii dum iuſtam computationem inire ſtudent, verbis vim faciunt. Aliorum interpretatio tum a ver-

dit Calendis Octobris. Ita eo tempore primum hoc prædium dotale factum eſt; quo menſe vindemiæ fructus maritus percepit. Mox eundem fundum ex Calendis proximis Novembribus fruendum locavit. Deinde menſis Ianuarii inſequentis ultima die matrimonium ſolutum eſt. Unde apparet hic propòni matrimonium primo anno, & eodem hic noviſſimo, nondum completo ſolutum eſſe: idem matrimonium ſtetiſſe quatuor menſibus, id eſt tertia parte anni: in id autem tempus incurrere duo genera fructuum, fructus vindemiæ maturos præcedentis anni, quos maritus percepit; item mercedem locationis anni inſequentis, qui fructus eſt, qui iure percipi dicitur in *L. ſi navis, D. de rei vind.* Quæſitum eſt, quoniam fructus huius anni inter maritum & uxorem dividi debere conſtat, utrum hunc annum computare debeamus ex die locationis, ex quo eſt ultimus annus, quo merces percipitur; an vero ex die traditi fundi, id eſt ex Calendis Octobris. Si dicimus ex die locationis, quaſi ex eo die ſit is annus ultimus, de cuius ſolius fructibus dividendis agitur, eveniet, ut maritus retineat fructus integros ante perceptos, & eius anni, quo divortium factum eſt, quartam partem mercedis. Hoc cum ſit iniquiſſimum, reſpondet Papinianus initium anni de cuius fructibus dividendis hic agitur, non eſſe computandum ex die locationis, ſed ex die præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, id eſt ex Calendis Octobris, proinde cum quatuor tantum menſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus, & quartam portionem mercedis inſtantis anni confundi debere, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Tertia portio unius anni marito in propoſito relinqui debet, quia quatuor menſibus, id eſt tertia parte anni matrimonium ſtetiſſe propoſuit, ut ſic fructus ad maritum pertineant pro modo eius temporis, quo matrimonium ſtetit. Hæc tertia portio ex fructibus vindemiæ & mercede locationis confuſis ideo ſumetur, quia cum uterque fructus in iſtud tempus quatuor menſium incurrerit, non debet tota ea portio potius ſumi ex uno genere fructuum, quam ex altero. At ad hanc confuſio-

a verbis, tum a ſententia immane quantum diſtet. Hypotheſes itaque aliorum omitto, unam Duarem poſuiſſe contentus, tum quia Donellus illi accedit, tum quia mea, quam ſubiiciam coniectatio, eodem fere tendit, licet alio medio. Species itaque Duareni talis. Merces 12. aureorum. Vindemiæ 24. Quarta parte anni ſtetit matrimonium. Si haberetur ratio mercedis ſolius, tantum 4. conſequeretur maritus, ſin vindemiarum ſolarum 8. Verum utriuſque ratio habetur, non unius, quia non eodem anno ſtetit matrimonium. Ac licet non diutius 4. menſibus, tamen unus menſis: October, in finem prioris anni, tres reliqui in poſterioris initium incurrunt. Quare in hac hypotheſi 5 accipiet maritus, tres quidem aureos pro quarta parte mercedis, & duos pro duodecima vindemiarum. Et hæc diviſio equidem rationi iuris congruit & æqualitatis analogiam ſervat, ſi ponamus fundum in quo ſolæ vindemiæ, ut probabile eſt de eo ſenſiſſe IC. Ac licet Cuiac. 2. *Sent. Pauli* 22. ſpeciem Duareni inde refelli putet, quod illi conſequens ſit locationem obfuiſſe marito. Niſi enim locaſſet, proculdubio conſequutus eſſet 8. tamen hæc non valde officiunt. Sibi enim imputet maritus ſi vilioris fundum locavit, quam vindemiæ redditus prioris anni fuerunt, quarum proventus fere ſolet eſſe incertus. Quin æquo animo ferat huc ſi quid eſt damni, cui converſo caſu nec lucrum maius auferetur; Arg. *L.* 25. §. 6. *Locati*. Nam ſi ponas Vindemias fuiſſe 12. Penſionem locationis 24 Hic ex ſententia Duareni 7. conſequetur maritus, 6. de mercede, & 1. de vindemiis; qui niſi locaſſet, tantum 4. accepturus. Nec omnino imprubabiliter Duarenus verba *vindemiæ fructus* accipit non de totis, ſed unius menſis. Nam cum Papinianus non addat fructus *integros* confundi debere, intelligere facile poſſis fructus ſcilicet illius temporis quo matrimonium ſtetit. Stetit autem uno menſe illius anni, cuius ſunt fructus vindemiarum. Verum illi plane reſiſtunt verba, *ut ex ea pecunia &c.* Nam ſive verbo *confundi*, contributionem in unum intelligis, ut plerique, ſive, ut Duarenus, per ea ſignificari quod utrorumque ratio habeatur, quod eodem tendit; ſi *eam pecuniam* interpretaris quæ ea vindemiis & mercede redacta eſt, neceſſe eſt, neque verba aliud patiuntur, non totam pecuniam ex contributione illa utriuſque generis fructuum (ſive totorum utrorumque, ſive partis utriuſque ſive ex uno genere totius ea altero partis) confectam, ſed tertiam portionem illius redacti marito relinquere. Quare ſi congeſtos dicas, 2. aureos ut 12. partem vindemiarum, & 3. aureos ut 4. portionem mercedis, fiet ex ea pecunia id eſt 5. aureis tertia portio, id eſt 1. aureus & 2. tertiæ, viro obveniant. Quo nihil iniquius vel inæqualius. Quid igitur? Unius voculæ inobſervata, obvia tamen, ſignificatio tenebras hic interptetibus offudit, effecitque ut ceu in media nocte caligarent. Quas paucis, pro inſtituto, eruta illius vi, diſcutere enitar. *Confundi* dum ſcribit Papinianus fructus vindemiarum cum quarta portione mercedis, non congeſtionem utriuſque generis fructuum in unum acervum innuit, in quo uno mirum quam DD. in reliquis fere diſcordes, conſpirent. Sic certe nunquam congruum ſenſum elicies, quem verbis commode aptare poſſis. Sed compenſationem induci vult, ut quando plus ea uno genere fructuum accepit maritus, tanto minus habeat ex altero; vel nihil potius ex hoc, ſi quod amplius debito ex illo perceptum eſt, portionem quæ ex his debetur exſuperet, ut in ſpecie *d.* §. noſtri accidit. Qua ratione fiet ut ex ea pecunia vindemiarum percepta, tertia portio fructuum totius anni viro relinquatur. Paulo planius hæc exponam. Compenſationi locus, ubi duo ſibi mutuo debitores. Hic debent ſibi invicem coniuges fructus utrinque, res compenſatiunem recipientes. Maritus uxori quod ex fructibus vindemiarum amplius quam habere eum & retinere convenit, conſequutus. Percepit enim eos integros naturaliter & de facto. Contra uxor debet marito quartam portionem mercedis inſtantis anni, quæ nondum eaſoluta a conductore, ideoque nec dum percepta, quia dies locationis nondum exierat. Neque enim hæ penſiones menſtruatim pendi ſolitæ, ſed in urbanis elapſo anno, in ruſticis eo tempore quo fructus ex agro vineiſve percepti, ut hic menſe Octobri, vid. *ſupra Lib.* 13. *C.* 8. *N.* 7. Inductæ compenſationis hæc vis: Marito, per rationem iuris ex vindemiis duodecima tantum debetur, pro rata unius menſis ante locationem, & ex mercede quarta pro portione rata trium menſium, quos poſt locationem ſtetit coniugium, ut communem habeat tertiam partem fructuum anni, qui hic ſunt duplicis generis Non ideo tamen 11. partes vindemiarum, quas totas naturaliter tenet, uxori reſtituit, contraque tantum ab ea repetit, quantum eſt in quarta parte mercedis, adhuc a conductore debitæ. Sed ita nititur ratio vitandi circuitus gratia ut maritus præter duodecimam vindemiarum, tantum inſuper ex reliquis vindemiis retineat, quantum eſt in quarta parte mercedis nondum eaſolutæ; compenſatione facta, ne ſolvere cogatur quæ recepturus *L.* 3. *de comp.* neve uxor exigat quæ reddituta. Cui compenſationi conſequens tum exitum ſutturi, ut fructuum totius anni tertia portio viro relinquatur,

Digitized by Google

fuſionem quantum ſumetur ex utroque? Quarta pars mercedis, inquit, ex eo anno, quo fundus locatus eſt. Recte quarta: nam & ex tempore locationis matrimonium ſtetit tantum quarta parte anni, nempe tribus menſibus. Quid de vindemiæ fructibus quantum ſumetur? Non explicat Papinianus; tantum ſimpliciter dicit fructus hos confundendos cum quarta illa parte mercedis. Quid ergo an toti hi fructus cum quarta parte mercedis confundendi ſunt, an vero pro modo unius menſis præcedentis anni, cuius illi fructus fuerunt, & quo tempore ſolo matrimonium ſtetit? Veteres ad unum quia verba generalia ſunt, nec quidquam diſtinguit Papinianus, locum ſic acceperunt, ut intelligerent totos vindemiæ fructus confundendos. Recte Duarenus ſic accepit, ut confundi quidem debeant fructus vindemiæ, ſed pro modo temporis, quo matrimonium ſtetit. Quam ſententiam Papiniani eſſe ex reliqua eius diſputatione liquido intelligitur: ubi ſæpe inculcat non amplius ad maritum pertinere debere fructus, quam pro modo eorum menſium, quibus prædium dotale fuit. Ita cum præcedente anno, quo vindemia percepta eſt, matrimonium ſteterit uno tantum menſe, quo eodem ſolo & prædium dotale fuit; non convenit ſententiæ Papiniani aliud intelligi, quam ex fructibus eius anni partem unius menſis, i. e. duodecimam confundi debere cum quarta parte mercedis inſequentis anni. Et vero cur in mercede ſumamus tantum quartam partem mercedis, quia pro tempore locationis matrimonium ſteterit tantum quarta parte anni: in fructibus autem ſumamus totos fructus, ubi conſtet matrimonium ſtetiſſe tantum uno menſe? Cur non ſi totos fructus, etiam totam mercedem confundimus? Aut ſi partem mercedis tantum ſumi placet, cur non & in fructibus vindemiæ confundendis idem ſervamus? Confundetur ergo duodecima pars vindemiæ cum quarta parte mercedis. Quibus confuſis efficiatur illa pecunia, ex qua ſumatur illa tertia portio noviſſimi anni, quam quærimus, quæ marito relinquatur. Hoc diſſeruit Duarenus *Lib. 1. Diſputat. Cap. ult.* pluribus ad *d. L. fructus*, *§. Papinianus*. Summa hæc eſt; cum primo aut noviſſimo anno non completo matrimonium ſolutum eſt, ſic dividi debere fructus inter maritum & uxorem, ut maritus

tur, quæ ſumitur non ex contributis utriſque vindemiis & locationis penſionibus, minus autem ex congeſtis illis integris & quarta parte mercedis, ſed ex ea pecunia, ſcilicet vindemiarum ſola quæ iam percepta, cum penſionis nomine necdum quidquam exactum fuerit. Atque hæc planiſſima ICti ſententia. Ac licet mihi non ita blandiar ut applauſum legentium ad meas ubique ſuſpiciones mihi polliceri auſim, vix tamen mihi tempero, quin hic *εὕρηκα* exclamem. Auſim equidem vel ſacramento quinquagenario cum quovis, mihi litem hac de re facturo, contendere, veram me Papiniani affecutum ſententiam. Cum nihil videam quid difficultatis reliduum ſit, nihil quod verbis ſenſum aptari hunc citra ullam duriorem contorſionem, impediat, nihil quod interpretationi obſiſtat, ac non vel maxime confirmet. Non nova hæc vocis *confundi* acceptio. Sic Ulp. *L. 26 §. 4. de cond. ind.* Non fit *confuſio* partis rei cum pecunia, id eſt ſpeciei cum quantitate recompenſatio nulla. Nec aliena: Confuſio namque quæ uſitate ita dicitur aditione hereditatis contingens, perquam compenſationi affinis, ut cognatarum vocum alteram in alterius ſignificationem quandoque tranſire minime mirum ſit. Hinc uti compenſatio confuſio *d. L. 26. §. 4. de cond. ind. & h. §.* noſtro. Ita viciſſim confuſio, tacita vocatur penſatio *L. 67. §. 3. de leg. 2.* Et ut adeundo hereditatem quis intelligitur ſecum penſaſſe *L. 33. Sol. Matrim.* ita compenſando debitor videtur debitum & creditum ita inter ſe confudiſſe ut iam neutrum appareat, vid. *infra Lib. 16. C. 15. initio.* Quamcunque hic ponas ſpeciem, quamcunque mercedis locationis a valore fructuum diſcrepantiam rite hic ſenſus accommodabitur, quod in aliorum expoſitionibus longe ſecus accidit. Fingas ex vindemiis redigi poſſe 24. Debentur hic marito 5. 2. ex vindemiis. 3. ex mercede, quæ compenſatione inducta habebit, uxori ex vindemiis reſtituendo 19. Pone converſo caſu, vindemias valere 12. mercedem eſſe 24. Debebuntur marito 7. ut 1. ex vindemiis, 6. ex mercede. Quæ itidem ſibi integra ex vindemiis ſervabit, reſtituendo 5. Contra utrobique uxor deinde mercedem nihilo imminutam percipiet. Sint vindemiæ 18. merces 12. Debentur marito 4. cum dimidio. Reſtituet ex vindemiis 13. cum dimidio. Sint vindemiæ 12. merces 18. Debentur marito 5. cum dimidio. Reſtituet ex vindemiis 6. & dimidium. Et ſic de ſimilibus. Convenit apprime §. *ſequens* 2. ubi itidem incidunt duo genera fructuum, ſed ſpecies convertitur. Ut in §. noſtro unum menſem ante locationem, tres poſt eam ſtetit matrimonium, ita in d. §. 2. quinque menſes ante locationem, unum poſt eam. Ut *in* §. 1. vindemias maritus percepit: ita *in* §. 2. mulier. Ut *in* §. 1. vir ex vindemiis ſolis ſibi ſervat, quantum ex utroque fructuum genere debetur, contra uxori obligatio mercedis tribuitur integra. Ita *in* §. 2. uxori vindemiæ manent integræ, contra viro ex mercede debita retentio tribuitur portionis pro modo temporis omnium menſium ut exinde ſervet quicquid ſibi cum ex vindemiis pro 5. menſibus, tum ex mercede pro uno menſe debetur. Ex. gr. Vindemiæ 24. merces 12. Debentur marito 11. Quare ex mercede repetit uxor 1. Contra merces 24. vindemiæ 12. Debentur marito 7. quibus ex mercede retentis uxori reſtituit 17. Et ſic obiter interſperſa *d. §. 2.* ſententia, a qua longe abeſt Dethlev. Langebec. *Annot. C. 13.* Denique contributionem realem & collationem in unum acervum non ſignificari in *d. §. 1.* per voculam *confundi* vel inde liquet, quia merces locationis nondum percepta ita contribui nequit. Realem dico. Nam compenſatio contributio eſt. *L. 1. de compenſ.* non vera tamen & realis, ſed legum fictione intellecta. Quo ſenſu *confundi* idem ſignificare quod *contribui* largior. Sane nec crebro id vocis reperiri puto pro congeſtione in unum. Longe enim alius ſenſus, quando confuſio dicitur efficere res communes §. 27. *I. de R. D.* Ubi res vel eiuſdem generis vel diverſi iunguntur, ita ut unum corpus ex utriſque conficiatur, nec confuſarum ſpecierum quævis per ſe maneat ſeparata. Alias commiſtio appellatur §. 28. *I. d. t.* Atqui hic ſi in unum acervum congeras nummos ex vindemiis redactos, itemque alteros ex mercede perceptos, ſpecies nummorum manent ſeparatæ, eique commiſtio eſt non confuſio, vid. *ſupra Lib. 4. C. 22.* Multoque magis, ſi, ut proponitur *in d. L. 7. §. 1.* (vindemiæ fructus ait Papinianus non vero nummos ex vindemiæ fructibus) ipſos fructus vindemiarum, ipſis nempe uvas, vinumve expreſſum coniungas cum mercede. Quis enim dicet ex his corpus unum conflari aut confici. Quis igitur ſic dicet confuſionem proprie fieri. Quare ſi vel maxime aliena ſit, ab uſu vocis *confundi* proprio noſtri acceptio, tamen eam propria plane non conveniat, aliaque omnino arripiendi ſit, utique ea potius, quæ & ex aliis LL. comprobatur & ad difficultates vexatiſſimi §. eximendas expeditior.

Digitized by Google

tus pro modo quidem totius eius temporis fructus ferat, quo mulier in matrimonio fuit, & prædium fuit dotale; ſed nihil amplius quam pro modo eius temporis, ſive unum genus fructuum in id tempus incurrerit, ſive plura, ut hoc poſterius in ſuperiore ſpecie contigit.

XVIII. Illud in hac diviſione monendi ſumus, non ſtatim ea corpora quæ per ſe ſunt in fructu etiam ſolida, ita hic in fructu habenda eſſe. Neceſſe eſt enim eorum fructuum quærendorum cauſſa aliquas impenſas fieri vel a muliere ante quam fundum det in dotem, vel a marito poſtquam ei fundus in dotem datus eſt. His impenſis ab altero, vel ab utroque intervenientibus hæc de fructibus dividendis definitio eſt, fructus eos eſſe, 5 qui deducta impenſa ſuperſunt. Quo ſignificatur, ſi quid alteruter coniugum impenderit fructuum quærendorum cauſſa, non omnia ea quæ ex fundo percepta ſunt, quanquam per ſe ſunt in fructu, dividenda eſſe inter coniuges, ſed prius deduci debere ex fructibus impenſas quæ præſtentur ei, qui impendit. Si quid ſuperſit, id demum fructum eſſe, quem dividendum eſſe dicimus. Hæc in *d. L, fructus*, in princ. *D. ſol. matrim.*

XIX. Quæ cum ita ſint, apparet iam ex his, qui fructus ad maritum non pertineant. Eos autem eſſe qui percepti ſunt ante, quam nuptiæ contractæ eſſent. Item qui ſoluto matrimonio nati ſunt. Poſtremo & qui conſtante matrimonio nati, aut percepti ſunt pro ea parte, qua matrimonium non ſtetit, aut prædium dotale non fuit. Hi autem ſunt, de quibus ſupra propoſitum erat, ut diceremus eos mariti non eſſe. Et de his ipſis ut ad dotem pertinentibus reſtituendis traditum his locis. *L. ſi ante*, 6. in fin. *D. ſol. matrim. L. unica*, *§. exactio*, *C. de rei ux. act. L. dotis*, 7. *D. de iur. dot.*

XX. Illud ad extremum adiiciendum eſt, in his omnibus, quæ ſoluto matrimonio reſtitui debere dicimus, non ſolum ea numeranda eſſe, quæ ad maritum pervenerunt, ſed etiam quæ pervenire potuerunt, & dolo malo eius aut culpa factum eſt, quominus pervenirent. *L. ult. D. ſol. mat.* Idque ex eo eſt, quod maritum placet in rebus dotalibus dolum & culpam præſtare debere, ut mox dicetur. Sed etsi quid nondnm pervenerit, futurum tamen ſit, ut perveniat, cavere debet maritus eo nomine, ſe quod conſecutus erit, reſtituturum. *L. ſi conſtante*, 22. *§. ſi vir. L. ſi filiofamilias*, 25. *§. ult. D. ſol. matrim.*

XXI. Cognitis his, quæ rebus pondere, numero, menſura non conſtantibus, & nec æſtimatis in dotem datis, debentur a marito, & in reſtitutionem dotis veniunt: ſequens quæſtio eſt, quandiu debeantur, ut perſeveret repetitio. In quo ne longiores ſimus, præter quam quod proprium eſt huius loci, de eo ex præceptis communibus liberationum iudicandum eſt. Niſi quod hic quædam exceptio eſt, qua ab his regulis communibus diſceditur; quæ vel ſola cogat nos hanc partem hoc loco attingere.

XXII. Videndum eſt igitur, quæ ſpecies certa debebatur, ſi perierit, deteriorve facta ſit, caſu id contigerit, an mariti culpa.

XXIII. Si caſu, utemur certi iuris regula, debitorem interitu rei debitæ liberari, quod quidem ſine mora, & alia culpa eius contigerit. *L. ſi ex legati*, 23. *D. de verb. obl. L. quod te*, 5. *D. ſi cert. pet.* Et quæ altera regula eſt, aliis verbis idem exprimens, Caſus fortuitos nullo iudicio præſtari. *L. quæ fortuitis*, *C. de pignor. act. L. contractus*, *D. de reg. iur.* Idque eſt, quod de hoc genere rerum traditur in huiuſmodi rebus ut commodum ad mulierem, quod ex ſuperioribus intellectum eſt, ita periculum & damnum pertinere; & quod idem eſt, has res & meliores & deteriores mulieri fieri. *L. plerumque*, 10. in princip. & *§.* 1. *D. de iur. dot. L. pen. § mancipia*, *D. ſol. matrim. L. unica*, *§. cumque*. *C. de rei ux. act.* Sed hic ſemper excipimus mariti ut & cuiuſvis alterius debitoris moram & culpam. De mora generaliter traditum, moram debitoris, quam in re debita ſolvenda fecerit, perpetuat obligationem. *L. ſi ſervum*, 91. *§. ſequitur*. *L. nemo rem* 2. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Hoc & in ſpecie dotis ſervatur. *L. ſi filiofamilias*, 25. *§. ſi poſt*, *D. ſol. matrim.* Tradita & illa generaliter, eum qui ſemel moram fecit, poſtea offerentem quod debuit, purgare moram, & deinceps in ea re ſolum dolum præſtare, *d. L. si ſervum*, *§. ſequitur*, *D. de verb. obl. L. illud*, *D. de per. & com. rei vend.* Quæ & ipſa in mariti perſona obſer-

5) Ubi vid. Zaſ. *n.* 5. *&* *ſeqq.* Atque hæc civilis eſt fructuum acceptio, vid Copus *Lib.* 1. *de Fruct. Tit.* 1. C. 6. Fit & æſtimatio laboris in fructibus colligendis & in ipſius rei cura ac adminiſtratione impenſi per *C. ad noſtram pen. de reb. Eccl. non al.* Covar. 1. *Var. Reſol.* 3. *n.* 3.

ſervari legimus. *L. ſemel*, 26. *L. ſi mora*, 9. *D. ſol. matrim.* Ita hactenus in dote cum aliis liberationibus omnia communia. Quæ ideo ex præceptis de hoc genere communibus melius petentur.

XXIV. In culpa ius nonnihil diſcrepat. Nam in cæteris contractibus, in quibus utriuſque dantis ſcilicet & accipientis utilitas verſatur, is qui tenetur de re reſtituenda non ſolum dolum & culpam præſtat, ſed & diligentiam, non ſolum qualem ſuis rebus adhibere conſuevit ſi forte in ſuis rebus fuit negligentior, aut parum induſtrius: ſed qualem diligens pater familias ſolet in ſuis rebus præſtare. Exemplo eſt creditor in pignore, a quo hæc omnia exiguntur: tantum ideo, quod in pignore non ſolius debitoris utilitas verſatur, qui propter pignus datum pecuniam accipit: ſed etiam creditoris, cui pignore magis cavetur. *L. ſi cum venderet*, 13. §. *ult. L. ea quæ*, *ſeq. D. de pigner. act.* Diverſum in dote. Nam cum in hac itidem utriuſque utilitas verſetur, mariti fructus inde percipientis, & uxoris, cuius onera in matrimonio propter dotem ſuſtinentur: tamen ita placet, in rebus dotalibus præſtare debere dolum quidem & culpam ſimiliter ut cæteros debitores: *L. etiam*, 18. §. 1. *L. pen.* in pr. *D. ſol. matrim.* At diligentiam non maiorem præſtare, quam ſuis rebus exhibet. *L. in rebus*, 17. *D. de iur. dot.* Quod quid ſit, dicetur alias in præceptis communibus ad liberationes pertinentibus. Nunc hoc quæremus, cur hæc in dote obſervetur diſſimiliter in re maxime favorabili, atque in pignore & ſimilibus cauſſis. Et id cauſſæ eſt, quod de dote agitur inter ſocios, & ſocios arctiſſima ſocietate coniunctos, ut ſuo loco docuimus. Societati in univerſum hoc tributum, ut dum ſocius ſocio culpam ſuam, id eſt factum ſuum, ſeu culpam quæ in faciendo ſit, præſtet, non maior diligentia ab eo exigatur, quam quantum ſuis rebus ſolet adhibere. Idque ideo, quod ſocius ſocium iudicio talem eligit, qualis eſt, eligendo probat, §. *ult. Inſt. de ſoc.*

XXV. Harum rerum obtinendarum cauſſa ſuæ actiones propoſitæ ſunt & extraneo, & mulieri. De quibus reliquum eſt, ut cognoſcamus. Et extraneo, qui in dote danda pacto actionem dotis in ſuam perſonam tranſtulit, diximus actionem eſſe ex ſtipulatu, ſi ſit ſtipulatus dotem ſibi reddi; ſine ſtipulatione autem actionem perſcriptis verbis. *L. unica*, §. *accedit*, *de rei ux. act.* Hæ in perſona extranei quanvis ad dotis repetitionem competant: tamen nihil proprium habent, quod agenti præter cæteras cauſſas tribuant. Nam quæ beneficia data ſunt ſive mulieri, ſive marito in exactione dotis, de quibus mox, hæc certarum perſonarum cauſſa comparata ſunt. *L. unica*, §. *& ut plenius*, 2. *C. de rei ux. act. L.* 1. *D. ſol. matr.* Ideo perſonam non egrediuntur. §. *fuerat*, in fin. *D. de act. L. in omnibus cauſſis id obſervatur*, *D. de reg. iur.*

XXVI. Mulieri autem, quibus in cauſſis dos & dotis actio eius eſt, ad dotem & ſuperiora commoda obtinenda tres ſunt proditæ actiones. Actio in perſonam adverſus maritum & heredes eius; Actio hypothecaria de rebus mariti omnibus adverſus quoſcumque earum rerum poſſeſſores; & Actio in rem de rebus dotalibus, quæ ſunt mulieris.

XXVII. Primum huic data eſt actio in perſonam. Si quidem res æſtimatæ in dotem datæ ſunt, eſt communis actio ex vendito. *L. cum dotem*, *C. de iur. dot.* Si aliter datæ ſunt, quæcumque hæ res fuerint, fuit olim actio rei uxoriæ. Hodie hac ſublata ex conſtitutione Iuſtiniani eſt actio [6] ex ſtipulatu, ſive ſtipulata ſit mulier re vera dotem ſibi reddi, ſive non ſit: ut hic ubi non intervenit ſtipulatio, tamen interveniſſe fingatur. *d. L. unica*, §. 1. *C. de rei ux. act.* §. *fuerat*, *Inſt. de act.* Quam actionem ideo Iuſtiniano inducere viſum eſt, quod multa haberet iam olim quibus plenius conſuleretur mulieri, cui plene proſpicere Iuſtiniani conſilium fuit, ut ipſe teſtatur in *eadem L. d.* §. *& ut plenius*, & §. *primum itaque*.

XXVIII. Actioni iſti pro commodo mulieris tributa hæc ſunt duo, natura bonæ fidei actionis, & privilegium præ cæteris exigendi. Primum actio ex ſtipulatu cæteris in cauſſis omnibus ſtricti iuris eſt. *L.* 5. in fin. *L. alias*, *ſeq. D. de in lit. iur.* In hac reſtitutione cavit Iuſtinianus, ut eſſet bonæ fidei non aliter, quam olim fuit actio rei uxoriæ. *d. L. unica*, §. *ſed etſi*, *de rei ux. act. d.* §. *fuerat*. Hoc eam vim habet, ut quæ tribui legimus iudi-

6) Omni iure illius, in hanc translato *d.* §. 29. vid. Don. *ad d.* §. 29. Guib. *de Dotib. C.* 6. *n.* 11. & 2. *ſeqq.* Ræv. *de Auct. Prud. C.* 4. qui vult actionem rei uxoriæ aliam olim fuiſſe a dotis actione ſpecialem. Hac quidem ea tantum, quæ tabulis dotalibus contenta, petita fuiſſe ex fide bona *L.* 21. *in fin. Sol. Matr.* illa vero generaliori res omnes uxoriæ, etiam parapherna, patrimonium & peculium earum, illique adiecta verba ſolemnia quantum æquius melius &c.

iudiciis bonæ fidei, eadem in hac actione mulieri tributa intelligamus. Quæ hæc ſint, expoſuimus ad §. *actiones autem, Inſt. de act.* Exempli cauſſa licet ex his in hac ſpecie duo animadvertere, uſurarum acceſſionem, & iuſiurandum in litem. De uſuris ita cavit Iuſtinianus, ut ſi pecunia dotis nomine debeatur a marito, & in ea ſolvenda moram fecerit, exinde incipiat eius pecuniæ debere uſuras, quas ille vult in hac ſpecie [7] deberi uſque ad tertiam partem centeſimæ. Ut ſint uſuræ, quæ dicuntur trientes, *d. L. unica, §. exactio, de rei uxor. act.* Eſt autem centeſima uſura duodecim aureorum in ſingulos centenos aureos annuos, proinde triens uſura, ſeu tertia pars centeſimæ, quatuor aureorum in ſingulos centenos aureos annuos. Beneficium non aliunde, quam quod hanc actionem bonæ fidei eſſe placuit, quod & Iuſtinianus teſtatur ibidem, qui has uſuras præſtari iubet ex bona fide introducendas. Recte ex bona fide. Eſt enim hoc proprium actionum bonæ fidei, ut in his uſuræ ex mora debeantur. *L. mora*, 32. §. *in bonæ, D. de uſur.* Ex hoc iure eſt etiam, quod placet, ut ſi maritus dolo faciat, feceritve, quominus res dotales reſtituat, tanti damnetur, quanti mulier in litem iuraverit. *L. ſi filiofamilias*, 25. §. 1. *D. ſol. matrim.* Nam & hoc bonæ fidei iudiciis datum, ut in his iuretur in litem, ſi de re noſtra aut ad ius noſtrum pertinente reſtituenda agatur. *L.* 5. *L. tutor, D. de in lit. iur.* Hæc eadem actio privilegium habet, ut mulier cæteris omnibus creditoribus quanvis privilegiariis præferatur in dote exigenda. *L. ſi cum dotem*, 22. §. *ult. D. ſol. matrim. L. quæſitum, §. ult.* & *LL. ſeqq. D. de reb. auct. iud. poſſ.*

XXIX. Sed ne magnopere urgeamus hoc privilegium, eſt, quod multo plenius & uberius mulieri ad repetitionem dotis tributum ſit. Data eſt enim ei tacita hypotheca in rebus omnibus mariti. *L. unica, §. & ut plenius, C. de de rei ux. act.* Atque hinc hypothecaria actio. §. *item Serviana, Inſt. de act.* cuius beneficio conſequitur, ut aliis creditoribus omnibus præferatur, non ſolum privilegiariis, ſed etiam hypothecam habentibus; olim quidem his ſolum, qui tempore poſteriores eſſent: *L. dotis, C. de iur. dot.* hodie ex conſtitutione Iuſtiniani etiam in hypotheca tempore prioribus. *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Quod ſic accipiendum eſt, dum priores [8] ſimilem hypothecam habeant, nempe privilegio iuris conſtitutam, non vigilantia & conventione creditorum partam: ut fuſe diſſeruimus ad eam *L. ult.*

XXX. Quæ privilegia cum poſtremo iſto excepto iam olim omnia mulieri conſtituta eſſent ad repetitionem dotis: nempe locum fecerunt illi definitioni Pomponii, quæ exſtat in *L.* 1. *D.* ſol. matrim. *Dotis cauſſa*, inquit, [9] *ſemper & ubique præcipua eſt*. Eſt autem hæc ſententia. Dotis cauſſa ideſt cauſſa & lis, in qua de dote recuperanda agitur. Præcipua eſt, id eſt, eſt ea conditione, ut mulier in dote cæteris omnibus creditoribus, qui utuntur eodem beneficio iuris, ſit potior, quo eam ante omnes præcipiat. Id enim noſtris præcipere, & præcipuum ſignificat. *L. ſi filia nupta*, §. 1. & ſeq. *L. Pomponius Philadelphus, D. famil. erc.* Semper, ideſt quocumque tempore de dote reſtituenda agetur, ſive agetur ſoluto matrimonio, ſive conſtante, ut interdum conſtante matrimonio agi diximus. Ubique, ideſt in omnibus cauſſis. Quæcumque a cæteris creditoribus mulieri opponentur: ut ſcilicet ſine diſcrimine earum cauſſarum mulier omnibus aliis creditoribus præferatur. Nam quod dicitur in *L. pen. D. de relig. & ſumpt. fun.* impenſam funeris præcedere omne creditum; non eam ſignificationem habet, ut ea impenſa etiam præcedat exactionem dotis. Sane enim impenſa funeris præcedit omne creditum: ſed quatenus in eo nihil amplius eſt, quam creditum; ubi ſcilicet nihil aliud adfert creditor ad perſecutionem iuris ſui, quam ut dicat ſe pecuniam crediſſe, ſibi pecuniam iure deberi. Quod ſi quid amplius ſit in credito quam creditum; puta privilegium aut hypotheca, ſi his utatur creditor, non eſt ſuperior ſententia impedimento, quominus illa impenſæ funeris recte præferantur. Non enim tum dicitur impenſa funeris præcedi ab alio credito, ſed ab alio eius crediti privilegio, aliave hypotheca.

XXXI. Illud in his actionibus monendi ſumus, quemadmodum his ita conſulitur mulieri, ut ſupra diximus; ita viciſſim hoc beneficium datum marito, ut his conventus nomine dotis, condemnetur ſolum, quatenus facere poteſt. *L. maritum*

7) Etiam ab heredibus viri in reſtituendo moroſis, vid. Pachin. 2. *Cont.* 101. *&* 10. *Controv.* 7. Sed num & actio bonæ fidei eſt ex parte viri? Negat Cuiac. *Conſ.* 16.

8) De quo ancipites DD. concertationes, vid. Don. noſter *ad L. ult. C. Qui pot. in pig.* & *Tr. de Pign. C.* 14. *cir. fin.* ubi forte dicam.

9) Nec *in d. L.* 1. verba *ſemper & ubique* a Triboniano adiecta, ceu ſentit Hotom. 8. *Obſ.* 16.

tum, 12. *D. ſol. matrim. §. item ſi de dote, Inſt. de act.* De quo beneficio multa a veteribus relata ſcio ſub *Titulo D. ſol. matrim.* Sed cum ſit beneficium cum multis aliis commune, quod & ipſum communibus præceptis contineatur, pertineat autem ad res iudicatas: viſum eſt omnem hanc tractationem in eum locum reiicere, ubi in commune explicetur.

XXXII. Eſt & mulieri de re dotali in rem actio. Cui tunc locus eſt, cum res certas, quæ eædem reddi deberent, mulier in dotem dedit. Sic enim res vere dotales fiunt. Dotalium rerum ita maritus dominus fit conſtante matrimonio, ut tamen naturaliter, ideſt revera, intelligantur perpetuo manſiſſe in uxoris dominio, ut eſt in *L. in rebus, C. de iur. dot.* Qua de cauſſa & vindicare eas poteſt ut ſuas, ſoluto matrimonio. *L. in rem, D. de rei vind.* Quandiu vero mulieri hac actione in rem experiri liceat, ea uti maxime conſultum eſt præter cæteras. Habet enim commoda duo, quibus ſuperiores carent. Nam primum mulier de dote agens ut de re ſibi debita, id eſt actione in perſonam, aut pignora perſequens tanquam pro dote quæ ſibi debetur, obligata. [10] præfertur quidem omnibus creditoribus tempore poſterioribus, præfertur & anterioribus; ſed his ſolum, qui hypothecam beneficio iuris ſimiliter habeant: non item iis, qui habent hypothecam cautione ſua prius partam, ut ante dixi. In rebus autem ipſis dotalibus vindicandis ita Iuſtiniani conſtitutio eſt, mulierem ſoluto matrimonio omnem habere prærogativam, & neminem creditorum mariti, qui anteriores ſunt, poſſe ſibi potiorem cauſſam in his per hypotecam vindicare. His enim verbis ille utitur in *d. L. in rebus, C. de iur. dot.* ut intelligamus, ne eos quidem creditores, qui ante conſtitutionem dotis bona mariti quanvis aperta conventione ſibi obligata habent, mulieri in rebus dotalibus vindicandis præferri. Et recte. Illi enim ut ſibi obligatas vindicant; mulier ut ſuas. Quinimmo ne obligatas quidem ſibi res dotales illi perſequuntur, quoniam maritus eas pignori obligare non potuit, ut quæ non eſſent eius, ſed mulieris. *L. quanvis, 75. D. de iur. dot.* Hoc amplius & in his ceſſat beneficium mariti, quo illi tribuitur, ne damnetur ultra quam facere poteſt. Hoc enim beneficio tribuitur marito, ne extorqueantur illi de bonis, quod habet, hactenus ne egeat: non etiam ut ſi quid habet alieni, id retineat, & de eo alatur *L. in condemnatione, D. de reg. iur.* Beneficium hoc eſt ſublevandi debitoris cauſſa comparatum, non etiam ut lucrum ex alieno faciat. Denique ut nihil aliud, certe beneficium eſt. Nunquam autem beneficia in alterius iniuriam concedi ſolent. *L. nec avus, C. de emancipat.*

10) Vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *ſeqq. n.* 42. *& ſeqq.*

C A P. VIII.

An quid vice mutua præſtandum ſit marito ex cauſſa dotis; & ſi quid, quæ obtinendi ratio. Tum de impenſis in rem dotalem factis.

An aliquid marito debeatur ex cauſſa dotis a muliere; & an illud actione petatur. I.
Fructus dotis, & impenſas in rem dotalem factas marito deberi. II.
Fructus quando marito debeantur; & qua petantur actione. III.
Impenſarum quæſtio triplex. 1. *Quotuplex earum genus.* IV.
2. *An impenſas neceſſarias recuperet maritus, an compenſet cum fructibus.* V.
Item an voluptarias. Quando utiles: & quas neceſſarias impenſas recipiat. VI.
3. *Quæ impenſas conſequendi ratio iure veteri.* VII.
Quæ rurſus Iuſtinianeo iure. VIII.
Impenſas recipit maritus etiam futuras; & quomodo. IX.

I. Atque hæc ſunt, quæ ex obligatione dotis datæ mulieri præſtanda ſunt. Quid marito, nihilne ex hoc negotio debetur, quod ei ex contrario a muliere præſtandum ſit, ſimiliter ut illis contractibus, qui re fiunt, commodato, depoſito, pignore, in quibus etiam ei, qui rem reſtituendam accepit, contraria actio eſt? Sane vero & in hac obligatione quædam marito debentur: ſed non ſunt eiuſmodi, ut aut peti poſſint, aut ſi petuntur, petantur actione huius negotii pro-

Digitized by Google

propria. Quia tamen eſt aliquid, quod viciſſim ei præſtandum ſit, de eo breviter ſubiiciemus.

II. Duo ſunt, quæ marito ex cauſſa dotis deberi poſſint: fructus dotis, & impenſæ in res dotales ab eo factæ.

III. Fructus dotis debentur marito, ſi his pendentibus & nondum perceptis matrimonium ſolutum ſit. Nam cum hi dividi debeant inter maritum & uxorem, aut ſi uno anno integro matrimonium ſtetit, in ſolidum ei aſſignari, & tamen nunc non ſint a ſolo ſeparati, ut ei præſtari poſſint, neceſſe eſt eos aut ei perire reſtituto prædio dotali, aut in futurum deberi. Et vero debentur, cum maritus prædium dotale reſtituerit. Sed ita hi peti poſſunt, ſi maritus ſibi caverit a muliere in dote reddenda, ut cum fructus percepti erunt, pro modo debito ſibi reddantur. *L. fructus, 7. §. interdum ſol. matrim.* Quod niſi ſit, nulla marito de his fructibus repetitio eſt, quia mulier rem ſuam recepit. *L. ſi quis ſciens, C. de rei vind.* Sin ſibi cavit, eſt quidem repetitio; ſed ex recenti eius cautione, non actione acceptæ dotis propria. Itaque aut ex ſtipulatu aget, ſi ſtipulatus ſit fructus ſibi reddi: aut nulla ſtipulatione interpoſita, præſcriptis verbis. Fecit enim, id eſt reſtituit dotem ea lege, ut mulier viciſſim fructus redderet. Quod pactum non eſt nudum. Unde & iure civili obligationem parit. Atque hinc præſcriptis verbis actio. *L. legem, C. de pact.*

IV. De impenſis in rem dotalem factis tria quæruntur. Primum quæ harum genera ſint. Tum quas ex his marito conſequi liceat, aut non liceat. Poſtremo ſi quas conſequi licet, quomodo maritus conſequatur. De quibus quid iuris ſit, dicam breviter, ſententiam maxime explicans eius Tituli *digeſtorum*, qui eſt *de impenſis in res dotales factis*. Et impenſæ aut neceſſariæ ſunt, aut utiles, aut voluptariæ. *L. 1. D. de imp. in res dot. fact.* Neceſſariæ deſcribuntur pluribus in *L. 1. 2. 3. 4. D. eod.* Utiles in *L. 5. §. ult. L. ult. L. 6. eod.* Voluptariæ in *L. 7. eod* Uno autem in loco hæc genera explicantur, in *L. impenſæ, D. de verb. ſignif.*

V. Iam ex his quædam ſunt, quas conſequi non poteſt a muliere maritus: quædam, quas poteſt. Has non poteſt. Primum neceſſarias, tam quæ fiunt fructuum quærendorum, cogendorum, conſervandorum cauſſa; quam quæ alias fiunt temporis cauſſa, ut re frui liceat. Puta quæ ad neceſſariam rei tutelam pertinent, ut quæ ſunt ad ſarta tecta tuenda, ad alendos ſervos dotales, ad paſcenda pecora; ad modicam eorum curationem. Quæ ad fructum præſentis anni pertinent, hæ ſumuntur deducunturque ex [1] fructibus. *L. fructus, 7. §. ult. D. ſol. matrim. L. 3. D. de imp. in rem dot. fact.* Ut ſi quidem maritus fructum totum anni retinet, nihil iſtarum impenſarum nomine repetat a muliere, ſed eas compenſet cum fructibus. *d. L. fructus, 7. §. ult. ſol. matrim. d. L. 3. D. de imp. in rem dot. fact.* Sin fructus dividendi ſunt inter coniuges, ſic inſtituatur hæc diviſio, ut maritus, quod impendit, prius deducat de univerſa ſumma fructuum, ſic deinde reliquum inter ipſos dividatur. *d. L. fructus, 7. in pr. ſol. matrim.* Reliquæ ſuperiores impenſæ, quas ad neceſſariam tutelam rei pertinere diximus, in ea cauſſa ſunt, ut eas maritus ſuo ſumptu facere debeat. Res enim dotales tueri debet ſuo ſumptu, cum ex his fructum capiat. Unde evenit, ut ſi has impenſas non recuperat maritus, ideo nihil habeat, quod queratur, quia non tam has non feciſſe videatur, quam his deductis minus fructuum percepiſſe. Hæc *L. pen. & L. ult. D. de imp. in res dot. fact.*

VI. Proximum locum obtinent impenſæ voluptariæ, quæ ſi ſeparationem non recipiunt, nullo modo deduci poſſunt. Si recipiunt, nihil tamen earum nomine maritus amplius conſequi poteſt, quam ut ſibi fiat poteſtas ea tollendi, quæ poſuit. *L. pro voluptariis, 9. D. de impen.* Ne utiles quidem omnino conſequi poſſe maritum placet, ſi eas voluntate mulieris non fecit, & non habet mulier, unde eas ſolvere poſſit, niſi cogatur rem ſuam vendere. Quam ad rem eam cogi iniquum eſt. *L. utilium, 8. D. eod.* Ex quibus iam intelligitur ex contrario, quas impenſas ex his poſſit maritus conſequi: Poteſt ſcilicet reliquas neceſſarias, quæ nimirum fiunt ad perpetuam rei, vel certe non præſentis anni utilitatem. *L. 3. D. de impen.* Poteſt utiles, quæ aut voluntate mulieris factæ ſint, aut quas facile ferre poſſit mulier aliunde, ut non propterea habeat neceſſe rem ſuam vendere, quo ex pretio his impenſis ſatisfaciat. *d. L. utilium, 8. de impen.* De voluptariis autem tantum maritus conſequi poteſt, quantum ſine damno rei dotalis poteſt ex his quæ poſuit,

[1]) Quid ſi plus ſumptuum collatum, quam fructuum obvenit ex inſolita ſterilitate, num ex ſeq. anni quo diremptum matrimonium eſt redditibus, quod ultra erogatum eſt, ſarcietur, vid. Vaud. 2. Q. 22.

fuit, deducere. *d. L. pro voluptariis*, 9. *eod.*

VII. Quod reliquum eſt harum impenſarum ita conſequendarum ratio olim in deductione fuit, id eſt in retentione rei dotalis, donec hæ impenſæ a muliere repenſæ eſſent. *d. L. utilium*, *d. L. pro voluptariis*, *eod.* Hoc amplius fuit in neceſſariis impenſis, quod placebat eas dotem minuere, dotem, inquam, non corpora dotalium rerum: hoc ſenſu ut ſi res tantum in dotem datæ eſſent non æſtimatæ, nulla hic fieret corporum dotalium imminutio, ſed ut fit in cæteris impenſis, maneret tantum maritus in rerum detentione donec ei ſatisfieret: ſin pecunia in dotem data eſſet una cum fundo, aut fundus in dotem æſtimatus, quem marito liceret reſtituere, aut æſtimationem, ut in ſpecie *L. plerumque*, *§. ult. D. de iur. dot.* hic [2] ipſo iure fieret deminutio per compenſationem, uſque adeo ut ſi poſtea mulier neceſſariis impenſis ſatisfaceret, videretur non dos eadem manſiſſe, quæ prius erat; ſed dos quæ vere erat imminuta, creviſſe, ut nova eſſe inciperet. Hæc ſententia *L. quod dicitur*, 5. *D. de imp. in res dot. fact.* Tribuebatur hoc etiam his impenſis, ut quo caſu dotem ita imminuebant, ut dixi, ſi dos tota ſoluta eſſet non habita ratione impenſarum, poſſet tamen maritus condicere id quod pro impenſis neceſſariis compenſari ſolebat. *d. L. quod dicitur*, 5. §. 1. Non abs re: quia maritus hic non reſtituiſſet rem, quæ fuiſſet mulieris, cum impenſam fecit, ſed quæ fuiſſet eius, qui fecit.

VIII. Hodie omnis retentio dotis cum ob alias quaſvis cauſas, tum etiam ob impenſas neceſſarias, & utiles in res dotales factas ſublata eſt conſtitutione Iuſtiniani. *L. unica*, *§. taceat*, *C. de rei ux. act.* Et ne forte hæ perirent marito, ſi his non deductis res dotales mulieri reſtitueret, ut pereunt alias, cum poſſeſſor non deductis impenſis a ſe factis fundum reſtituit. *L. ſi in area*, *D. de cond. indebit.* *L. ſumptus*, *D. de rei vindicat.* Iuſtinianus ibidem ad eas impenſas perſequendas actionem dedit, aut potius ex ratione iuris communis idoneam actionem eſſe putavit; quam & dari ei voluit, ſi quidem impenſæ voluntate mulieris factæ eſſent, *mandati*; ſi voluntas mulieris non interveniat, *negotiorum geſtorum*. In voluptariis impensis, quia nulla actio iure daretur ad eas exigendas, certe non ſuperiores; ideo ad operis facti detractionem veterem retentionem relinquit. *d. §. taceat*, in fin. Sed retentionem dotis ſuſtulit Iuſtinianus, compenſationem impenſarum cum pecunia, quæ dotis nomine debebatur, eo loco [3] non ſuſtulit.

IX. Veniunt autem in æſtimationem impenſæ mariti non tantum præteritæ, ſed etiam futuræ. Quid enim, si maritus in plures annos fundum dotalem locaverit, & eo tempore non impleto matrimonium erit diſſolutum, ut periculum sit, ut ne mulier iure ſuo uſa colonum eiiciat, unde & maritus locator hoc damnum ei præſtare cogatur? Quid, si damni infecti caverit ob ædes ruinoſas, unde damno emergente & hoc ex ſtipulatione præſtare debeat? Recte faciet mulier ſi iſtarum rerum nomine caveat marito, quo ei periculum omne futuri damni amoveat. Et in hanc rem placebat olim dotis retentionem eſſe marito, donec mulier ita caviſſet. *L. ſi filiofamilias*, 25. *§. ult. L. cum mulier*, 55. *D. ſolut. matrim.* Hodie ex conſtitutione Iuſtiniani ſuperiore denegabimus marito retentionem; damno ingruente actionem dabimus unam ex iis, quas ſupra diximus.

2) Vid. *L. dote* 61. *de ri. nupt.* *L.* 56. *§. ult. de I. dot.* Quod ſi tantum per partes impenſum quanti totus fundus eſt, & intra annum impenſæ non oblatæ, fundus dotalis eſſe deſinit ex Scævolæ ſententia, *d. §. ult.* Et ſic impenſæ quodammodo perimunt corpus dotale, licet non minuant, ut non æque pars fundi deſinat eſſe dotalis, ſi partem æquent, quia hic intereſt mulieris partem eam potius retinere quam æſtimationem ob communionis incommodum. Ant. Fab. 1. *Conıect.* 2. ubi & *in d. L.* 5. gemina correctione verbis *ipſo iure* quæ bis leguntur, ſede motis, reponit *ipſa in re*. Cuiac. quoque 23. *Obſ.* 12. Tribonianum duplicis corruptionis in d. *L.* 56. *§. ult.* arguit. Vid. & de impenſis Vaud. 2. Q. 22. Nic. Sudor. *Lib.* 2. *Diſp. civil.* p. 194. & ſeqq. uſque ad fin.

3) *L.* 5. *C. de compenſ.* ubi Don. *n.* 4. & 5. Zaſ. ad *L.* 7. §. 5. *Sol. Matr.* n. 8. Pac. 5. Q. 60. diff. Ant. Guib. *de Dotib. C.* 7. *n.* 16. Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 37.

C A P. IX.

De donatione propter nuptias, Quid ſit; Quid tribuat mulieri tum in dominio rei, tum in fructibus: De eius æqualitate cum dote: Et quæ hinc obligatio ad reſtitutionem.

Donatio propter nuptias doti maxime affinis. Quid illa. I.
Similitudo & affinitas quibus in rebus cernatur. II. III. IV. V. VI.
Quare a Iuſtiniano dicta donatio propter nuptias. V.
Idem dominii ius in donatione propter nuptias habere uxorem, quod habet in dote maritus. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Donationem propter nuptias uxoris remunerandæ gratia dumtaxat licere. VIII.
An liberum fuerit marito donare propter nuptias infra dotis quantitatem. IX.
Quid novi Iuſtiniano placuerit. Hac ex parte novella 97. *moribus abrogata.* X.
Summa iuris de repetitione donationis propter nuptias conſtituti. XI.

I. DOtis mutuæ ſpecies quædam eſt, [1] donatio propter nuptias. Sic enim de ea ſcribit Iuſtinianus, nomine & ſubſtantia rei nihil diſtare a dote ante nuptias donationem. *L. ult.* verſ. *ſi igitur & nomine*, *C. de don. ant. nupt.* Merito igitur & hanc doti ſubiicimus, ponimuſque huius reſtituendæ obligationem inter eas, quæ re contrahuntur. Quod & ex definitione certius intelligetur. Eſt autem donatio propter nuptias, qua res nomine mariti datur uxori propter nuptias, ut dum nuptiæ ſtabunt, ſiat uxoris eodem iure, [2] quo dos apud maritum eſſe ſolet, dotis remunerandæ gratia. Quæ definitio quid contineat, cognoſcamus.

II. Et liceat in ea eaſdem partes agnoſcere, quas in definitione dotis attigimus, rem, dationem, perſonas dantis & accipientis, finem dandi. In hac donatione dicitur eſſe res quævis generaliter, ut quemadmodum res omnes dotem recipiunt, ſic intelligamus omnes recipere donationem propter nuptias, quod congruit cum ſuperiore dicto Iuſtiniani, qui utriuſque generis eandem ſubſtantiam eſſe ait.

III. Atque hæc res eſt, non de qua convenit, ut daretur, ſed ſimiliter ut in dote res quæ datur mulieri; quod donationis verbum ſatis indicat, cum dicatur donatio eſſe doni datio. *L. ſenatus*, §. 1. *D. de mort. cauſ. donat.* Ex quo intelligimus, hic quoque obligationem reſtituendæ donationis propter nuptias re contrahi, ubi ea ex re tradita initium ſumat, non ex ſola conventione.

IV. Tranſigitur hæc datio inter eaſdem perſonas, inter quas dotis datio, nempe inter maritum & uxorem. Solum hoc intereſt, quod dos a muliere aut ab alio nomine mulieris proficiſcitur in maritum. Donatio propter nuptias proficiſcitur a marito aut ab alio eius nomine in uxorem. Nam ne in hac quidem donatione quidquam intereſt, utrum det maritus, an alius quivis pro eo. *L. ex morte*, verſ. *eadem*, *C. de pact. convent.* *L. ult.* verſ. *quare*, *C. de donat. ant nupt.*

V. Finis dandi hæc continet. Datur hic res propter nuptias ſimiliter ut dos, *d. L. ult.* verſ. *quare*, *C. de don. ant. nupt.* Quo admonemur, quemadmodum dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, *L.* 3. *D. de iur. dot.* ita nec donationem propter nuptias. *d. L. ult. C. eod.* Hinc evenire, ut, ſi quid donetur propter nuptias uxori futuræ, nulla ſit donatio, nuptiis non ſecutis. Et rurſum ut diſſoluto matrimonio donatio eſſe deſinat, quemadmodum in dote fieri diximus. Notandum, dici donationem non ante nuptias, ut olim, ſed propter nuptias ex re, quam apertius Iuſtinianus induxit. Cavit enim, ut

1) Contractus vocatur *Nov.* 119. *C.* 1. *Pr.* de qua vid. Cuiac. *in Nov.* 22. *p.* 138. *& ſeq. & in d. Nov.* 119. *&* 5. *Obſ.* 4 Gomez. *in L. Tauri* 50. *&* 3. *ſeqq. n.* 9 *& ſeqq* A. Gub. *de Matrim* C *de Donat. propt. nupt. ult.* Sc. Gentil. *L.* 6. 4. *de Don int vir.* C 16. ubi eam ab impetitionibus Hotomanni tuetur. Eſt alia ſponſalitiæ donationis ſpecies ſponſi in ſponſam, vel huius in illum ſolius amoris vel liberalitatis gratia, de qua *in L.* 1. *in fin. de Don. L.* 25. *Depoſ. L.* 1. *C. Si adv. don*, cuius quintuplex differentia ab hac ſponſalitia largitate (ſic vocatur *L.* 4. *C. de ſec. nupt. Nov.* 119.) refert Hot. *in* §. 1. *I. de Don.* vid P Greg. 8. *Synt.* 7. 14. & *ſeqq.*

2) Et Cuiac. 5. *Obſ.* 4. ubi tradit, quibus ex caſibus, ſi in perſona mariti contingant, is dotem lucratur: iiſdem ſi in perſona uxoris, eam donationem propter nuptias conſequi. Quibus cum dote conveniat, & in quibus differat Gomez. *d. loc. n.* 10. *&* 11.

ut quemadmodum dotem dare etiam conſtante matrimonio mulieri conceditur, ita liceat & marito conſtante matrimonio donare propter nuptias. *d. L. ult.* in pr. *C. de don. ant. nupt.* Abſurdum ſit autem cam donationem, quæ fit conſtante matrimonio appellare donationem ante nuptias. Quæ cauſſa fuit Iuſtiniano vetus verbum emendandi, *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* §. *eſt & aliud. Inſt. de donat.*

VI. Datur autem res, ut dum nuptiæ ſtabunt, fiat mulieris eodem iure, quo dos apud maritum eſſe ſolet. Quibus verbis in donatione propter nuptias duo mulieri tribuuntur, vindicatio, & utendi fruendi ius, ut in hoc iure quemadmodum dotis fructus ad maritum pertinent, ſic & fructus rei propter nuptias donatæ pertineant ad mulierem. De vindicatione conſtat. Hæc enim nominatim tribuitur mulieri in donatione propter nuptias Novella ſexageſima, *Ut immob. don. ant.* §. 1. unde authentica *Permiſſa, C. de donation. ante nupt.* De fructibus rei propter nuptias donatæ non item inter omnes convenit. Quinimo hæc 3 plurium ſententia eſt, hos fructus non fieri mulieris; quia ſcriptum ſit in *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* non licere marito permittere uxori capere dotis fructus donationis cauſſa. Nam cur magis liceat illi permittere, ut mulier capiat rei propter nuptias donatæ fructus? Ego autem exiſtimo etiam huius rei fructus fieri mulieris eodem iure, quo dotis fructus fiunt mariti. Movent me verba conſtitutionis Iuſtiniani *L. ult. C. de donation. ante nupt.* Is in ea *L.* verſic. *ſi igitur & nomine*, ſcribit, nomine & ſubſtantia nihil diſtare a dote donationem ante nuptias. Subſtantia cuiuſque rei eſt id, quod res in ſe continet, quæque ipſa efficit. At effectum dotis maxime eſt hoc, ut fructus dotis fiant mariti, qui eam accepit. Quocirca & donationis propter nuptias, cuius eadem ſubſtantia eſt, effectum hoc eſſe oportet, ut rei hoc modo donatæ fructus fiant mulieris, quæ donationem accepit. Idem Iuſtinianus in eadem *L.* ult. verſ. *ſin autem*, ſcribit dotem & donationem propter nuptias paribus paſſibus ambulare. Metaphora eſt, qua ſignificatur utramque ſpeciem in eaſdem res convenire, ut accidit iter facientibus qui paribus paſſibus ambulant. Et cur id negemus, eum fateamur in hac donatione rem donatam fieri mulieris? Si res eius, etiam fructus ex ea re perceptos eius fieri oportet. Hoc enim ius proprium eſt domini. *L. qui ſcit* in pr. & §. 1. *D. de uſur.*

VII. Non moveor verbis. *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* Non patitur lex maritum permittere uxori capere donationis cauſſa dotis fructus, & ſi permiſerit, certiſſimi iuris eſſe lex ait, fructus repeti poſſe quatenus mulier locupletior facta eſt. Longe diverſa cauſſa eſt fructuum ex dote perceptorum, & eorum qui percepti ſunt ex re donata propter nuptias, cum de his mulieri acquirendis agitur. Nam fructus dotis ſunt mariti, utpote percepti ex re eius. *L. dotis, 7. D. de iur. dot. d. L. qui ſcit, D. de uſur.* Quæ res facit, ut ſi maritus eos permittat capere uxori, donet rem ſuam. Hoc vero maritus facere non poteſt: iure omnem donationem ſimplicem inter virum & uxorem prohibente. *L. 1. 2. 3. D. de don. int. vir. & uxo.* At fructus percepti ex re propter nuptias donata, cuiuſcumque ſint, certe non ſunt mariti, ſed eum ſequuntur, qui eius rei dominus eſt. Mulier autem eſt domina, ut ſupra oſtendimus. Quare & hanc ſequentur, non permiſſu & donatione mariti, ne quis forte donationem mariti hic reformidet; neque enim alienum quod erat, dici poteſt maritus donare: ſed eo iure, quo res quæque fructus ſuos domino parit. Quin autem iſto modo fructus fiant uxoris, nulla pars iuris prohibet. Prius erat, ne permitteretur inter virum & uxorem donatio propter nuptias. Hac autem ſemel admiſſa, & dominio in mulierem tranſlato, non potuit, quin & fructus inde percepti dominii ius ſequerentur. At enim, dicet aliquis, fructus dotis dicuntur fieri mariti non ſimpliciter, ſed pro oneribus matrimonii. Nulla autem eiuſmodi cauſſa eſt in muliere, cur fructus rei propter nuptias donatæ fiant eius. Ipſa enim ma-

3) Et recte. Quicquid enim ſpecioſe hic noſter, evidens eſt cuivis rem non dico carioſe penſitanti, ſed vel rationem communem conſulenti, poſita noſtra ſententia, omni dotis commodo maritum cariturum. Fructus dotis in effectu ita plane exinanirentur, quia quantum hic accederet, tantum inde decederet. Et refellitur Donellus *ex L. 29. C. de I. dot.* ibi *ſed fructibus* &c. ubi tantum caſu quo maritus ad inopiam delapſus, fructus donationis huius tribuuntur uxori, ſed non ut in rem ſuam vertat, verum in onera matrimonii convertat. Vid. Het. *ad* §. 3. *I. de Donat.* Gomez. *d. loc. n.* 21. Duar. *ad Rub. D. Sol. Matr. Tit. de Don. prop. nupt.* Io. Cop. *Lib.* 3. *de fruct. [illegible]* 2. C. 8. ubi mulierem non eſſe dominam huius donationis, ſed vinculo pignoris tenere. Sc. Gent. 4. *de Don. int. vir.* 16. *p.* 464 *& ſeq.* Ern. Cothman. *Iuris Reſp.* 30. *n.* 35. ubi *n.* 22. *& ſeqq.* inventam eſſe hanc rationem dotis conſervandæ, nec quoad originem & iuris communis diſpoſitionem titulum huius donationis lucrativum eſſe, ſed ut loquitur, dotis conſervativum.

trimonii onera non ſuſtinet. Cur igitur rei donatæ fructus pariter fiant mulieris? Quia ut non ſit cauſſa ſuperior, quæ fructus hos mulieri adiiciat; eſt tamen alia, quæ idem efficiat, nempe animus remunerandæ dotis; quam remunerationem in donatione propter nuptias leges admiſerunt, donatione alioqui inutili futura, ſi fieret iam contractis nuptiis. *L. ult. C. de don. ant. nupt.* ac de ea remuneratione iam dicam.

VIII. Dicimus igitur ſic donationem eſſe propter nuptias, non ſolum ſi res detur nominatim propter nuptias, ut dum nuptiæ hæ ſtabunt fiant mariti, ſed etiam ſi detur remunerandæ dotis gratia. Hanc partem aperte confirmat, *d. L.* ult. verſ. *quare*, *C. de don. ant. nupt.* cum Iuſtinianus donationem hanc non ſimplicem donationem eſſe ait, ſed quaſi antipherna poſſe intelligi. Quod verbum conſtat idem valere, ac ſi quis mutuam & reciprocam dotem diceret, ſeu ea quæ vice mutua pro dote dentur. Et vero ita eſt donatio propter nuptias, quod vel ex effectu licet intelligere. Hoc ergo eam vim habet, ut intelligatur, extra dotem, cui ex adverſo reſpondeat donatio propter nuptias, nullam hanc eſſe donationem. Quod & conſtitutum eſt. Hinc illa, hanc donationem quantumvis nominatim propter nuptias collatam in uxorem, tamen nullam eſſe, niſi ab eo, qui prius dotem acceperit; neque id ſolum, ſed & dote accepta longius non progredi, quam ut intra modum dotis conſiſtat, eius quantitatem non excedat. *d. L. ult.* verſ. *quare*, & *§. ſi igitur dote*, *C. de don. ant. nupt.* Quorum utrumque facile oſtendit, in donatione propter nuptias quæſitam eſſe mutuam dotem, in qua tam aperte id agitur, ut doti reſpondeat, extra hanc non valeat.

IX. Hæc proportio quæſtionem attulit, an quemadmodum ultra dotem non licet donare propter nuptias, ita etiam minus donare non liceat, ut per omnia donatio hæc dotis quantitati reſpondeat. Sed non recte hæc comparantur, Non licere plus donare propter nuptias, quam dotis quantitas efficit; & non licere donare minus. Prius enim non licet, quia dotem excedendo incipit eſſe donatio ſimplex inter maritum & uxorem, quod genus ius non concedit. Poſterius licet contraria de cauſſa, quia non eſt hic donatio ſimplex, ſed quæ mutuum cum dote faciat, ut quatenus id fit, iure civili non poſſit improbari, ut Iuſtinianus diſſerit in *d. L. ult. C. de don. ant. nupt.* Et omnino ita ius initio fuit, ut marito donare propter nuptias liberum fuerit. Cui conſequens fuit, ut ſi cui marito videretur contractis nuptiis donare, vel ante donatum augere, liberum etiam eſſe debuerit, quantum vellet donare, & priori donationi adiicere. Quidni, cum & in dote idem ius ſit, ut quemadmodum nulla cogitur dotem dare, aut dare amplius, quam velit, ita nec quiſquam donare propter nuptias, niſi velit, & quantum velit? Poteſt matrimonium ſine dote eſſe. Servetur igitur eadem lex in donatione propter nuptias, ut poſſit & matrimonium eſſe ſine donatione propter nuptias, poſtquam dicimus hæc eodem iure uti *d. L. ult.* verſ. *quare*, & *§. ſi igitur dote*, *C. de don. ant. nupt.* Et hanc libertatem donandi propter nuptias confirmarunt veteres omnes conſtitutiones. Conſtitutio Leonis, *L. ex morte*, *C. de pact. convent.* conſtitutio Iuſtini, *L. pen. C. de don. ant. nupt.* conſtitutio Iuſtiniani, *L. ult. C. eod.*

X. Sed is hoc ius immutavit in *Novel. de æqual. dot.* 97. *§.* 1. & *§. aliud.* Atque ita conſtituit, donationem propter nuptias, ſive quis donet ab initio, ſive contractis nuptiis augeat, æqualem per omnia doti eſſe debere, cum in præſtatione ipſa donationis eiuſque quantitate, tum in pactis de dote lucranda, aut donatione propter nuptias. Et addit nominatim, conſtituere ſe, ut quod hic antea liberum fuerat, deinceps poſitum ſit in iuris neceſſitate. Et quod cavet de pactis dotalibus, ut quod de dote convenit, idem intelligatur conveniſſe de donatione propter nuptias, & contra, non inique conſtituit. Quod autem cavet, ut maritus donare volens propter nuptias, æquam doti donationem faciat; tale eſt, ut videri poſſit non tam inique, quam [4] abſurde conſtitutum. Omnes enim concedunt matrimonium, ut ſine dote, ita & ſine donatione propter nuptias eſſe poſſe. *d. L. ult. C. de donat. ant. nupt.* Ut ſcilicet marito dote accepta liberum ſit nihil donare in totum. Cur non igitur donare volenti liberum ſit minus donare? Plus eſt enim licere nihil donare in totum, quam licere non donare ex parte. Abſurdum eſt autem, cui quod plus eſt licet, quod minus eſt non licere. *L. non debet*, *cui*, *D. de reg. iur.* Quid, quod

4) Diſſ. Cuiac. *in d. N.* 97. ſcribens aliter non conſtitui ſine ſumma captione poſſe, licet id non obtinuiſſe liqueat *ex Nov. Leon.* 20. Eadem ratione, inquit, ſi augeatur dos conſtante matrimonio, augenda quoque hæc pari quantitate, & e contrario. Quin tantum abeſt ut quidam liberum huius donationis conſtitutionem putent, ut etiam ipſo iure conſtitutam, iuxta dotis quantitatem, exiſtiment, vid. Fach. 8. *Contr.* 67. Sc. Gent. *d. C.* 26. *p.* 462.

quod certi iuris & æquitatis Conſtitutio eſt, liberam eſſe cuique ab initio poteſtatem habendi vel non habendi contractus? *L. ſicut. C. de obl. & act.* Atqui donatio propter nuptias eſt contractus. *Novel. ut ſponſ. larg. ſpeci. ſit contractus* 60. Subiiciatur igitur & huic æquitati donatio propter nuptias. Quam ob cauſſam & conſuetudo publica ſequentium temporum hanc conſtitutionem [5] repudiavit. Sic enim uſus eſt, ut & donare propter nuptias, & donare minus, & donare alia forma liceat, ut teſtes ſunt Accurſius ad *auth. æqualitas*, in extremo. Baldus & Salycetus in ſumma *L. ex morte, C. de pact. convent.* Nec nocere debebit marito, ſi quid cœperit donare propter nuptias. Vere enim liberalitatis eſt, quæ eum ultra quam velit, obſtringere non poteſt. *L. 1. L. 2. D. de proc.*

XI. Iam de obligatione huius contractus propria videamus. Et ne multis morer, cum dicatur donatio propter nuptias communem ſubſtantiam habere cum dote, & paribus paſſibus ambulare; facile intellectu eſt quæ ſupra de repetitione & reſtitutione dotis diximus, in donationis huius repetitione locum habere omnia, ſi privilegia ſuperioris repetitionis excipias. Ea igitur ſic ſe habent, quæ quam breviſſime perſtringam. Ut dotem ſoluto matrimonio mulier, ita & donationem propter nuptias ſoluto item matrimonio, aut is ad quem ea pertinet, repetere poteſt. *L. ult.* in fin. *Cod. de iur. dot.* Ut dotis exactio mulieris eſt; ſic & donationis propter nuptias exactio mariti, niſi qui dedit ſibi caverit in re danda donatum ſibi reſtitui, quod & in dote ſervatur. *L. unica, §. accedit. Cod. de rei ux. act.* Cumque dixerimus donationem propter nuptias fieri mulieris eodem iure, quo dos apud maritum eſſe ſolet; vel hinc ſatis intelligitur, in reſtitutionem donationis huius eadem venire; nempe rem donatam, & quæ commoda inde pervenerunt ad mulierem, aut pervenire potuerunt, exceptis fructibus dotis, quos mulieris fieri diximus ex quo tempore cœpit res donata eſſe in id tempus, quo matrimonium ſolutum eſt, dolo & culpa a muliere in omnibus præſtanda & diligentia tanta, quantam ſuis rebus mulier adhibere ſolet. Actio marito in perſonam eſt ex eadem intellecta conventione, qualem in dote intelligi diximus. Contractus is, qui re fiat, ubi ſcilicet res reſtituitur, quæ prius data eſt. Nomen actionis eſto actio rei propter nuptias donatæ, at ex commodato commodati, depoſito depoſiti, ex locato locati dicitur. Hæc actio iure communi cum cæteris utitur. Privilegia & beneficia doti tributa [6] non habet utpote dotis & mulieris propria. *§. fuerat* in fin. *Inſtitut. de action. L. 1. D. ſol. matrim.* Sed & in rem actio marito competet de rebus donatis quaſi quæ in eius permanſerint dominio, exemplo dotis, quando ambæ eandem ſubſtantiam habere dicuntur.

5) Io. del Caſtillo *de Uſuf. C. 46. n. 11.* deciſionem illam non eſſe in uſu, hodieque voluntarie has donationes conſtitui, vid. Sc. Gent. *d. C. 16. p.* 464. Quin & Cuiac. 5. *Obſ.* 4. totum hoc genus fere ex uſu & ſublatum, & doarium moribus receptum plane ab eo diverſum eſſe. De dotalitio, vid. H. Piſt. *Lib. 1. Q. 4. & ſeq.* P. Heig. *QQ. aliquot Parte 1.* Unde id genus invaluerit Cothman. *Iur. Reſp. 50. n. 45. & ſeqq.*

6) Diſſ. *per L. 19. C. de I. dot.* Iaſ. *in d. §. 29.* aliique, quos citat Herman. Meiter. *de Præfer. credit. Lib. 2. Tit. 5. n.* 39.

CAP. X.

De repetitione ob cauſſam datorum: Quam variæ hæ cauſſæ, & effectu iuris ad repetitionem quam diſſimiles. Ac primum de repetitione datorum ob cauſſam præteritam voluntariam.

Tranſitio ad repetitionem ob cauſſam datorum. I.
De ea repetitione quæſtio duplex. Prior de cauſſa repetitionis, & quæ. II.
Datum ob cauſſam aut eſt ob cauſſam præteritam vel ob futuram. Sive ob cauſſam aut ob rem datum. Explicatio utriuſque, atque uſus. III.
Ob præteritam cauſſam datum, ſi vera ſit: non poteſt repeti. Si falſa; intereſt voluntaria ne fuerit, an neceſſaria; & quæ utraque. IV.
Voluntaria repetitionem ſummovet, falſa licet, & errori coniuncta; & quare. V. X.
Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.
Datum ſub conditione, quæ non exſtiterit, vindicari poteſt, aut condici. XI.

I. HActenus nobis expoſita eſt vis & natura primi generis eorum contractuum qui re fiunt. Quod genus eſſe diximus eorum, quibus id ita agitur, ut res eadem reſtituatur, vel genere, ut in mutuo, vel ſpecie ipſa, ut in commodato, depoſito, pignore & ſimilibus; ut contractus conventionem reddendi incluſam in ſe habeat, nomine hanc ipſam conventionem vi ſua indicante. Cuius generis ſex hi fuerunt, Mutuum, Commodatum, Depoſitum, Pignus datum, Dos, Donatio propter nuptias. Erat [1] alterum genus a nobis propoſitum, eiuſdem quidem conventionis, ſed in qua conventio de eadem re reddenda non exprimatur verbis, neque nomine contractus, quod nullum eſt, deſignetur; ſed verbis ceſſantibus colligatur ex ſententia contrahentium, benigna interpretatione hanc ſententiam ex bono & æquo inducente. In hoc genere ſunt duo: Ob cauſſam data, quatenus de bis repetendis agitur, & Precarium.

II. De repetitione ob cauſſam datorum duplex eſt, ut in ſuperioribus contractibus, quæſtio. Prior de cauſſa repetitionis. Altera de repetitione ipſa, quæ hic & qualis obligatio, quæ hinc & qualis repetitio. In cauſſa repetitionis hoc quæritur, quæ res det ob cauſſam dati repetitionem, ſive cauſſa ſecuta ſit, ſive non ſit. De quo ex genere cauſſæ propter quam quid datur, æſtimandum eſt.

III. Omne quod ob cauſſam datur, aut ob præteritam cauſſam datur, aut ob futuram. Ob præteritam; veluti, do tibi decem, quia negotia mea curaſti, quia liberos inſtituiſti, quia prius mihi mutuo dederas. Ob futuram; veluti, do fundum, ut me alas; do Pamphilum, ut Stichum des, ut Stichum manumittas, ut filium emancipes. Exſtatque hæc diſtinctio in *L. damus, 52. D. de condict. ind. L.* 1. *D. de condict. ob turp. cauſ.* Niſi quod his locis diviſio his verbis expreſſa eſt, ut dicatur omne quod ob cauſſam datur, dari aut ob cauſſam, aut ob rem. Et ob cauſſam, ut intelligatur ob cauſſam præteritam: ob rem, ut intelligatur ob futuram, ſeu ut aliquid ſequatur. Quo modo & hoc poſterius in uſu iuris fere recipi ſolet, ut cum ſimpliciter dicitur obligatio, ſeu contractus ob rem dati. *L. ult. D. de condict. cauſ. dat. L. naturalis*, in princip. *D. de præſcr. verb.* Quod quidem non fit ſignificatione & proprietate verborum, quaſi uno non ſignificetur alterum: ſed verbis alioqui per ſe generalibus & idem exprimentibus ad ſpecies certas contractis docendi cauſſa, quo magis diverſæ ſpecies diſtinctis nominibus intelligerentur; ut fieri ſolere ſæpe ſupra monuimus, & præcipue in appellationibus iniuſti, rupti, irriti teſtamenti, didicimus ex §. *alio, Inſtitut. quib. mod. teſtam. infirm.* Nam alioqui quod ob rem datur, id eſt ut aliquid ſequatur, recte dicitur, & ex uſu iuris, ob cauſſam dari. Unde condictio ob cauſam datorum cauſſa non ſecuta: aperte de cauſſa futura, quam poſtea ſequi oporteat. *L. ſi militem, Cod. de condict. ob cauſ. dat.* Et in hæc verba

[1]) Gomez. 2. *Reſol.* 8. *n.* 1. diſcernit hæc. Re co traki, ut mutuum, commodatum &c. ac interventu rei contractus incerti. quia illic non requiritur conventio expreſſa, ſed ex facto apparet quid agatur. hic vero requiritur & obligatio oritur, non quidem ante traditionem, ſubſequuta tamen illa, non ex traditione, ſed conventione contrahentium. Sed vid. *ſupra Lib.* 12. *C.* 12. *& ſeq.*

ba etiam *inſcriptio Titulorum*, quibus de hac condictione agitur *D.* & *Cod.* Et contra quod datur ob cauſſam præteritam, recte dici poteſt dari ob rem: quoniam & quod præceſſit, res eſt, propter quam quid datur. Sed ut dixi, in his appellationibus ut in aliis innumeris commoditas docendi a veteribus ſpectata eſt. Nos ne quis ſit error in ambiguitate verborum alioqui prope idem ſignificantium, putamus præteritæ, & futuræ cauſſæ appellationibus has ſpecies certius diſtingui, quibus & nunc utimur: ut tamen intelligamus idem, quod ſuperioribus verbis ſignificatum eſt a veteribus.

IV. Sunt vero hæ cauſſæ ut genere diſtinctæ, ita effectu iuris ad dati repetitionem longe diſſimiles. *d. L. damus, de condict. ind.* Ex qua varietate & diſtincti *Tituli* de hoc genere cum in Pandectis, tum in Codice, *De condictione indebiti*, *De condictione ob cauſſam datorum*, *De condictione ob turpem cauſſam datorum*. Quod ob cauſſam præteritam datum eſt, in eo ſic ius eſt de repetitione. Siquidem cauſſa vera eſt, qualiſcunque cauſſa erit, ceſſat dati repetitio, etiamſi cauſſa ſit turpis. *L. mercalem, Cod. de cond. ob cau. dat.* Quippe re in propoſito ita data, ut ſi cauſſa ita ſe haberet, maneret apud accipientem. Neque vero adverſus voluntatem dantis repeti poteſt. *L. ſi ego, D. ſi cert. pet.* obſtante videlicet pacti exceptione, quam conſtat naſci ex omni pacto. *L. iuris gentium, §. ſed cum nulla, D. de pact.* Sin eſt falſa cauſſa, ob quam datum eſt, non æque contra evenit, ut ſemper datum poſſit repeti. Ex voluntate dantis id pendet. Voluntas uti eſt cauſſa dandi præterita, ita ex ea coniicitur. Neque enim omnes cauſſæ præteritæ eodem modo dantem afficiunt, & voluntatem eius movent. Cauſſa præterita duplex: quædam voluntaria; quædam neceſſaria. Voluntaria, quæ ut maxime vera ſit, nulla neceſſitate dandi dantem obſtringit, ut qui ex ea non fuerit obligatus: Veluti, do, quia negotia mea curaſti, quia uxorem duxiſti, quia pauper factus es. Neceſſaria omnis, ex qua iure quid debetur, quæ ideo adfert ſecum neceſſitatem rei debitæ ſolvendæ, ut eſt definitio obligationis, *Inſt. de obl.* in pr. Sic appellantur hæ cauſſæ a Papiniano in *L. alienationes*, 13. *D. fam. erciſc.*

V. Quod ob cauſſam præteritam voluntariam datum eſt, placet omino repeti non poſſe. Si cauſſa vera ſit, de eo iam dixi, & nulla eſt dubitatio. Sed amplius dicimus, etſi cauſſa falſa ſit, [2] ne ſic quidem datum repeti poſſe. Utputa, dedi tibi decem hac cauſſa & ratione nominatim adiecta, quia negotia mea bene curaſti: ſive non curaſti, ſive curaſti male; datum non repetam. Sed & hoc certum eſt, ſi ſcivi negotia mea a te curata non eſſe, & nihilominus dedi. Sic enim apparet me donare voluiſſe, ut dicitur de indebito ab eo qui ſciret indebitum, ſoluto. *L. cuius per errorem, D. de reg. iur.* At etiam hoc dicimus amplius, etſi errans falſo mihi perſuaſi negotia mea a te eſſe geſta, ceſſare repetitionem. Quod diſerte ſcriptum in *d. L. damus*, 52. *L. in ſumma*, 65. *§. id quoque, D. de cond. ind.* diligenter notandum eſt. Videri enim poteſt prima facie dictum adverſus ſenſum omnium hominum aliquod factum remunerari cogitantium; qui in ea cogitatione ita affecti eſſe ſolent, ut niſi vere beneficium præceſſerit, nolint in alium eſſe liberales. Quo magis ſuperior ſententia munienda fuit ratione. Ideo & rationem Paulus adiecit in *d. L. in ſumma, §. id quoque, de cond. ind.* ſi dedi, inquit, quod negotia mea adiuta a te putavi, licet non ſit factum, & falſo mihi perſuaſerim factum eſſe, tamen non repetam; quia donare volui. Recte Paulus ex definitione donati. Donari enim intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, D. de reg. iur.* Cui definitioni conſequens eſt, ut ſi quis cum ſciret ſe non cogi ad dandum, dederit tamen, videatur donaſſe. Quod & ipſum ſcriptum eſt in *L. Campanus, D. de oper. libert.* Atqui in ea cauſſa eſt is, qui dicit, aut putat negotia ſua geſta eſſe ab aliquo. Nam etſi vere geſta ſint, non obligatur tamen ei, qui geſſit, ut pro opera quid præſtet. Hactenus ſolum obligatur, ut præſtet, ſi quid ille in ea negotia impenderit utiliter, aut ſe eo nomine alicui obligarit. *L. 2. D. de admin. tutor.* Quod ſi is pro opera nihil debet, cuius vere negotia geſta ſunt, quanto minus debet, cuius negotia omnino geſta non ſunt? Quare qui ob negotia ſua curata dedit, cum ſciret, aut iure ſcire deberet ſe non teneri ad aliquid eius operæ nomine præſtandum; ſi dedit, donare voluit, ſive cauſſa vera fuit, ſive falſa: & ſive ſcivit falſam eſſe, ſive ignorans fal-

2) Zaſ. *ad Rub. de Cond. ca. da.* n. 4. Loriot. *de Iur. Arti Tr.* 17. *& ſeqq Axiom.* 72. Aut cauſſa eſt, inquit, obligatoria, ut do, quia emi, & ſi falſa, ac dans veram putat, condictioni locus: Aut non eſt obligatoria, ut do quia Capitolium adſcendiſti, & quia donationem continet, nulla condictio, quanvis in ea erretur.

falſo ſibi perſuaſit veram eſſe, quæ non erat. Quoniam omnibus his caſibus pariter verum eſt eum ſcientem ſe nullo iure cogi, dediſſe; & poſterioribus magis: quo fit, ut recte dicatur donaſſe, ex ſuperiore definitione. Quo poſito, ſequitur, ut recte negetur datum his omnibus caſibus repeti poſſe. Certi enim iuris eſt perfectam ſemel donationem non poſſe revocari: niſi ex quibuſdam cauſſis, de quibus poſtea ſuo loco. *L. cum ancillam*, *§. ſi repetendi*, *C. de cond. ob cauſ. dat.*

VI. Sed multa huic ſententiæ videntur adverſari, quæ niſi diluimus, animus in ea ſententia facile acquieſcere non poteſt. Sed & contraria aliis locis certis dicere videbimur. Proponam igitur, ac de ſingulis breviter reſpondebo. Primum ſtatim occurrit in contrariam ſententiam exemplum indebiti ſoluti. Quod & ipſum datur ob cauſſam debendi, quæ præceſſit. In eo tamen hæc de repetitione diſtinctio eſt, ut ſi quidem is qui ſolvit ſcivit indebitum eſſe, ſimiliter non repetat. At ſi per errorem ſolvit, falſo ſibi perſuadens debitum eſſe, quod non erat; placeat eum in falſa cauſſa & iuſto errore ſuo habere dati repetitionem. *L.* 1. *D. de cond. ind.* Cur non igitur idem dicamus, ſi dedi tibi ob hanc cauſſam, quia negotia mea curaſti: ut ſi ſcivi curata non eſſe, non poſſim repetere: at ſi putavi, & in eo erravi, æque mihi competat dati repetitio propter falſam cauſſam & iuſtum errorem? Nempe quia ad cogitationem donandi multum intereſt inter cauſſam præteritam voluntariam, de qua nunc agimus, & cauſſam dandi neceſſariam, qualis eſſe putatur in indebito per errorem ſoluto. Qui ſcivit ſe non teneri ob cauſſam præteritam, ſive ea vera eſſet, ſive falſa, ſi nihilominus dedit, aperte donare voluit ex definitione donati, ut dixi. At qui dedit tanquam deberet, & dum in eo errat, ſe debere putat; is utique in eo errore donatum non vult. Verum eſt enim illud Modeſtini, neminem in neceſſitatibus liberalem exiſtere *L. rem legatam*, *D. de adimend. leg.* ideſt neminem liberalitatem & donationem exercere velle in eo, in quo ſe neceſſitate cogi ad præſtandum exiſtimat. Contraria enim ſunt ſponte dare, quod eſt donantis; & dare coactum, quod eſt eius qui ſe putat debere, ac propterea ſolvit. Itaque in illo repetitionem impedit eius donatio: in hoc contraria donanti voluntas admittit.

VII. Sed eſto non congruat exemplum, tamen multa alia efficere videntur non eſſe animum donandi in eo, qui ob cauſſam præteritam falſam dedit, quamvis voluntariam, si eam cauſſam ſubeſſe falſo ſibi perſuaſit errans. Hæc videlicet, ſolus error ipſe dantis; adiectio cauſſæ non inutilis; tum cuiuſque cauſſæ vis & poteſtas. Occurrit igitur ſecundo loco ipſe error dantis. Vel hic ſolus ſufficere videtur, ne qui ob cauſſam falſam per errorem dedit, exiſtimetur in donationem conſenſiſſe, quia certum eſt non conſentire qui errent. *L. ſi per errorem*, *D. de iuriſd. L.* 2. *D. de iud.* Sed expedita hic reſponſio eſt. Sane enim non conſentiunt, qui errant: ſed dum intelligimus non conſentire in eo, in quo errant. Nam aliis in rebus, in quibus non errant, non poteſt dici conſenſui obſtare error, qui nullus eſt. Itaque in propoſito qui dedit ob negotia ſua geſta, quæ geſta non ſunt, dum putat geſta eſſe; quia in cauſſa dandi errat, nemo dixerit eum in eam cauſſam conſentire. Et ſane non conſentit, neque id nunc agitur, ut conſentiat. Qui etiamſi conſentiret, ut negotia ſua geſta ſint, nihil tamen proficeret. Facta enim infecta fieri non poſſunt. At quod putat ſe non teneri, ut quid det eo nomine, eiuſmodi eſt, ut in eo non erret. Id enim re vera ita ſe habet. Quare ſi cum id ſciat, det nihilominus, negari non poteſt, quin non per errorem, ſed ſciens prudens det, ubi ſe nullo iure cogi intelligat. Quod ſi fit, iam hic non errantis, ſed conſulto dantis donatio eſt; cui propterea non poteſt dici error obſtare, quominus valeat.

VIII. Tertio obiicitur inutilitas adlectionis, ſi in ea cauſſa denegamus danti eique erranti repetitionem; quam inutilitatem, videtur eſſe contra ius & rectam legem omnem interpretationis, admittere. Hoc enim convenit omnium loquentium ſententiæ, ut omnis oratio, & adiectio ſic accipiatur, ne ſit inutilis, ſed ut aliquid egiſſe intelligatur. Idque ita præcipitur in *L. ſi quando*, 109. *D. de leg.* 1. Porro hæc ratio adiecta, quia negotia mea curaſti, in eo qui putavit vere geſta eſſe, eſt inutilis; niſi hoc agitur, ut ſi negotia curata non ſint, nolit datum quod dedit. Proinde hoc ipſum ſenſiſſe eum intelligere debemus; non autem eum donare voluiſſe, quaſi ſuperius illud fruſtra adiecerit. Sed quod dicitur orationem omnem ſic eſſe accipiendam, ne fruſtra ſit, ſed ut aliquid egerit; in re & voluntate obſcura locum habet. Contra eſt, ſi conſtet eum qui quid adiecit, nihil agere voluiſſe. Quod accidit in iis omnibus, qui dant, legant aliquid cauſſa

ſeu

ſeu ratione adiecta in præteritum concepta. Nam cum ſciant ſe non teneri, ut dent, etſi cauſſa vera ſit, multoque minus, ſi falſa; hoc ipſo quod dant nulla neceſſitate dandi coacti, donare ſe oſtendunt. Proinde & rationem dandi fruſtra adieciſſe, qua non adiecta idem futurum eſſet. Aut ſi non fruſtra adieciſſe volumus, huc certe referetur, ut quoniam ratio eſt, ideo confirmandæ dationis cauſſa magis, quam impugnandæ adiecta videatur, & ſi falſa ſit, nihilominus datum valeat. Quæ & ſententia pro iure certo accepta eſt. Ex hac enim certitudine voluntatis illa eſt regula iuris certi, quam in omni datione tenere oporteat, falſam cauſſam adiectam neque legato, neque heredis inſtitutioni nocere; id eſt non efficere, quominus hac contempta quaſi fruſtra adiecta legatum, & inſtitutio valeat. *L. demonſtratio*, 17. *§. quod autem. L. falſa*, 33. *D. de cond. & dem. § longe. Inſt. de leg.* Quod & ipſum veteribus placuiſſe in iis quæ inter vivos ob falſam huiuſmodi cauſſam dantur ex hac ſpecie intelligi poteſt. *d. L. in ſumma*, *§. id quoque*, *de cond. ind.* Quid mirum, cum nec falſa cauſſa noceat ſtipulationi? ut in *L. ſi divortio*, 21. *D. de verb. obl.* Nam profecto ſi ſtipulator quanvis falſa cauſſa adiecta ultra actionem habet ad rem promiſſam petendam: multo magis cui res falſa cauſſa adiecta iam data erit, habebit rei datæ retentionem.

IX. Poſtremo obiicietur etiam vulgare illud, ceſſante cauſſa ceſſare effectum: ſumptum ex *L. quod dictum*, 32. *D. de pact. L. quid enim*, 27. *D. de iudic. L. generaliter*, *C. de epiſc. & cler.* Quo dicto efficitur in propoſito, ut ſi quis quid dederit ob cauſſam, qualem nunc intelligimus, veluti quia negotia eius geſta ſint; hac cauſſa ceſſante, quod fit, cum cauſſa falſa eſt, intelligatur is, qui dedit, datum nolle, quia hic cauſſæ adiectæ effectus erat, ut daretur. Sed & hoc vere vulgo dicitur cum Accurſio ad *L.* 1. §. 2. in verbo, *cauſſam*, *D. de poſtul.* ſuperius illud de 3 cauſſa finali accipiendum eſſe, non de impulſiva. Si apertius dicendum eſt, ſuperius illud recte dicitur de cauſſa futura, ſeu in futurum concepta, cum ſcilicet aliquid datur, inducitur, conſtituitur, ne quid fiat poſtea aut ut fiat: qui finis eſt dandi, & conſtituendi. Veluti, ne debitor a fideiuſſore poſtea conveniatur, qualis cauſſa proponitur in *d. L. quod dictum*, *de pact.* Aut ne legatus impediatur publico munere legationis fungi. Qualis eſt in *d. L. quid enim*, *de ind.* In cauſſa autem præterita voluntaria, & quod idem eſt, in oratione præterita ſumpta neque vere idem dicitur, neque ſuperior ſententia ad eam cauſſam pertinet. Licet autem huius poſterioris cauſſæ exemplum ſumere ex *d. L.* 1. §. 2. *D. de poſtul.* Extat apertius in ſpecie, de qua agimus, confirmata in *d. L. in ſumma*, *§. id quoque de cond. ind.* Sed ne longius petatur huius diſtinctionis probatio, diſerte tradita eſt in *L.* 3. *D. de donat.* his verbis Ulpiani. Cum quid donatur ob cauſſam, ut erat ſpecies *L.* 2. *præcedentis*, in fin. definiendum eſſe generaliter, multum intereſſe, utrum donandi cauſſa fuerit, an conditio. Si cauſſa fuit, ceſſare repetitionem. Si conditio, repetitioni locum fore. Cauſſam vocat ex uſu communi veterum cauſſam præteritam, quam eandem rationem ex præterito ſumptam dicimus, *d. L. damus*, *de cond. ind.* ut in ſpecie illic propoſita, do decem, quia Stichum emere vis, ut inde emas. Conditionem autem intelligit huiuſmodi orationem, do, ſi Stichum emeris. Do, ut illud aut illud fiat, verbis ſcilicet ſolum in futurum caſum & eventum conceptis, ut eſt conceptio conditionis omnis, *§. ſub conditione*, *Inſt. de verb. obl.*

X. Quæ cum ita ſint, non dubitabimus veram eſſe hanc & certi iuris ſententiam, quoties quid ob præteritam cauſſam, eamque voluntariam datum eſt, etſi cauſſa falſa ſit, datum repeti non poſſe; nec intereſſe, utrum datum ſit ab eo, qui ſciret falſam eſſe, an qui errans veram exiſtimaret. Huius ſententiæ conſtare hanc rationem, quod quiſquis, cum ſciret ſe non cogi dare, quid dedit, donare voluit. Quia donare ſit, nulla neceſſitate coactum dare. Quod ſi recte dicitur, cum cauſſa dandi voluntaria vera eſt, multo magis convenit idem dici, cum fuit falſa: quia minus tenetur ad dandum, qui nullam omnino dandi cauſſam habuit, quam qui habuit, etſi non neceſſariam: is cuius negotia geſta non ſunt, quam cuius geſta ſunt. Quod ſi quid etiam amplius quærimus ad voluntatem donandi in hac ſpecie ſignificandam; ſic mecum colliga-

3) Duar. *de Cond. ca. da. C.* 3. P. Fab. *ad L. cum principalis* 178. *de R. I.* Tiraq. *Tr. Ceſſ. cauſſa limit.* 1 in finali ſeu ratiocinativa quam Græci [illegible] vocant, procedere regulam, non in [illegible] *d. L.* 1. §. 5. *d. L.* 2. §. *ult. L.* 13. *ult. de donat. int. vir. L.* 32. §. 6. *de Uſuf.* & DD. plurimi quos laudat Tiraquellus. Ubi prolixe & accurate, unde liqueat cauſſam eſſe impulſivam vel finalem add. Val. Guil. Forſt. 2. *Ceſſ. ſucceſſ.* 8.

Digitized by Google

ligatur. Si is, qui ob ſupra ſcriptam cauſſam dedit, falſa cauſſa conſtituta datum nollet, prius inquireret in eam cauſſam, nec ſe coniiceret in periculum non neceſſariæ præſtationis, cum poſſet id facere, & ſatius eſſet non dare, ubi cauſſam ſubeſſe vellet, quam poſt rem datam remedium quærere. Non inquiſiit. Proinde & ea cauſſa contempta donatum voluit.

XI. Sed totum hoc ſic accipiendum eſt, niſi appareat eum qui dedit non aliter datum velle, quam ſi cauſſa vera eſſet, ob quam datum eſt. Quod vel ex ſermonibus dantis præcedentibus intelligi poteſt, aperte teſtantis, niſi id quod putat, vere factum ſit, ſe non eſſe hoc animo, ut datum manere apud accipientem velit. Aut ex conceptione cauſſæ adiectæ, cum ſcilicet quis dedit non cauſſa & ratione reddita; ſed ſub conditione hoc modo: do tibi decem, ſi negotia mea curaſti. Fingamus te non curaſſe. Nihil datum intelligitur. Hoc etiam in legatis hac conditione relictis placuit. *L. demonſtratio*, 17. *§. pen. D. de cond. & dem.* de quo ſcripſimus *ſupra Lib.* 8. *Cap.* 14. Multo ergo magis in voluntatibus viventium, quæ non æque favorabiles ſunt, ut ſupremæ, recipiendum eſt. Vis hæc eſt conditionis omnis in præſens aut præteritum conceptæ, ut ſi falſa ſit, ſtatim infirmet id, quod hac conditione geritur. *§. conditiones, Inſt. de verb. obl.* Quo caſu intelligemus dominium rei hac conditione datæ, ſi conditio falſa ſit, in accipientem non transferri. *L. qui abſenti*, 38. *§.* 1. *D. de acq. poſ.* Unde eveniet, ut qui ita dedit, ſi res adhuc exſtet, vindicare poſſit ut ſuam, quam non tranſtulit. Sin pecunia, quæ data erat, conſumpta ſit ſine dolo malo, condici poterit, id eſt repeti actione in perſonam. *Argum. in L. ſi ego*, 18. in fin. *D. ſi cert. pet.* Nam quibus ex cauſſis dati vindicatio eſt, ex iiſdem cauſſis conſumptæ pecuniæ condictio eſt. *L. rogaſti*, 11. *§. ult.* in fin. *D. eod.*

C A P. XI.

De repetitione datorum ob præteritam cauſſam neceſſariam: In quo eſt indebiti ſoluti repetitio: Quæ huius repetitionis cauſſa: In hac cauſſa de duobus illis primis ad hanc cauſſam pertinentibus, Soluto, & Indebito. Quid ſit ſolutum, quidve contineatur hoc verbo. Tum quid ſit indebitum per ſeſe, remota omni ratione perſonarum, cui & a quo debeatur.

Continuatio. Cauſſa debendi neceſſaria quæ. I.
Datum ob cauſſam neceſſariam, ſi vera ſit, repeti nunquam poteſt. II.
Si falſa: per errorem facti ſolutum, ut indebitum condictione repetitur. III.
Indebiti ex ſuperiore cauſſa ſoluti repetitio cautiones habet quatuor; & quæ illæ. IV.
In ea, ut ſit aliquid ſolutum: *qui ſolutionis abuſus, & quæ* ſoluti *verbo contineantur, explicatur.* V.
Debiti ſoluti nulla repetitio. VI.
Debitum quod ſit, ex ipſa re, & perſonis, inter quas ſolutio peragitur, æſtimandum. VII.
Re *debitum condicti ſolutionem impedit. Civile illud cum effectu, & naturale.* VIII.
Civile cum effectu quid. IX.
Item quid naturale. X.
Iure civili debitum dumtaxat eſt re ipſa indebitum, & quare. Eius ſoluti eſt tamquam indebiti repetitio. XI. XIII.
Duo alia indebiti genera condictionem pariunt: & quæ. XII.
Interpretatio L. 40. *in princ.* D. de condict. indeb. XIV.
Exceptio perpetua per errorem ſoluti repetitionem habet. XV.
1. *Si ſit perpetua. Et quare. Cur aliter, ſi ea ſit temporalis.* XVI. XVII.
2. *Si eius gratia, quo cum agitur, rei videlicet, ſit comparata: cuiuſmodi exceptio quæ.* XVIII.
Aditus ad cap. ſeq. XIX.

I. NOn in eadem cauſſa eſt, ſi quid datum ſit ob cauſſam, præteritam quidem, ſed ſiquidem vera eſſet, neceſſariam. Eam autem eſſe dixi, debendi cauſſam, ubi quod ſolvitur, tanquam debitum ſolvitur; cum ex qua cauſſa quid debe-

debetur, ea eiuſmodi ſit, ut neceſſe ſit id præſtari, quod debeas. Ita nos omnis obligatio neceſſitate alicuius rei præſtandæ adſtringit, ut eſt definitio obligationis. *Inſt. de obl.* in pr. Neque hic excipimus naturalem obligationem, cui & ipſi ineſt hæc neceſſitas iure gentium in his quæ natura debentur: ſi modo recte definitur, eum natura debere, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus, ut eſt in *L. cum amplius*, *§. is natura*, *D. de reg. iur.* Quod eo pertinere volo, ut ſi poſtea hoc tanquam vere debitum, & quod repeti non poſſit, ſtatuimus, ſciamus id ad eam neceſſitatem, quam in debito nunc ponimus, non male a nobis referri.

II. Quod ob iſtam cauſſam datum eſt, hæc fere iuris ſumma eſt de eius repetitione. Si cauſſa vera eſt, id eſt, ſi vere debitum quod ſolvebatur; nunquam repeti poteſt.

III. Sin cauſſa falſa, id eſt ſi indebitum ſolutum; eſt, cum non poſſit ne id quidem repeti: eſt cum poſſit. Quod cum eveniet, hinc eſt condictio indebiti, quæ dicitur a veteribus, de qua *Titulus D.* & *C.* id eſt indebiti ſoluti repetitio per actionem in perſonam, & ſpecialem hanc actionem, quæ dicitur *condictio indebiti*. Quæ & ſola repetitio eſt in iis, quæ ob cauſſam præteritam neceſſariam data ſunt. Eſt igitur ex hac cauſſa indebiti ſoluti repetitio. Non ſemper, ſed ſuis & certis conditionibus. Ius totum hac definitione brevi continetur. Quod tanquam debitum ſolutum eſt; ſi quidem indebitum & per errorem facti, repeti poteſt. Vel hoc modo: Indebiti per errorem facti ſoluti repetitio eſt iure condictionis; non aliter. Præterquam in una ſpecie, de qua extremo loco dicetur. Prius enim ius commune, & regula ſtatuenda eſt, quam ad exceptionem perveniatur. Exſtat autem ſuperior definitio cum aliis in locis, tum maxime in his certo. *L. 1. C. de cond. ind.* *§. is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* Eſt quidem his locis de errore comprehenſum generaliter; non ſpecialiter de errore facti. Sed hoc idem valet, ut poſtea ſuo ordine dicetur. Quod ſi quis totidem verbis definitionem deſiderat, de omni eo generaliter, quod indebitum ſolutum eſt, expreſſa eſt in *L. ſi per ignorantiam*, *L. fideicommiſſum*, *C. de cond. indeb. L. cum quis*, *C. de iur.* & *fact. ignor.*

IV. Continet hæc definitio cauſſam indebiti condictionis. Habetque hæc cauſſa ſuas condictiones, quarum ſingulæ ſi ſeparatim & diſtincte cognoſcentur, totius cognitionem & certitudinem adferent, & ſimul ubi ſit indebiti condictioni locus, ubi non ſit, oſtendent. Proinde quæ ſint, & quid contineant, videndum eſt. Sunt igitur hæc quatuor, quæ ad indebiti repetitionem & condictionem ius deſideret. Primum, ut quid ſolutum ſit. Secundum, ut ſolutum indebitum. Tertium, ut ſolutum per errorem. Quartum, ut per errorem facti. Si quid contra erit, ceſſabit ſoluti repetitio.

V. Primum illud, ut quid ſolutum ſit. Quo verbo ſtatim monendi ſumus nos hic abuſive uti. Dum ſpectamus, non quod vere ſit, ſed quod ſit dantis opinione. Nam ſolutio re vera non eſt, niſi debiti ſolutio. *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* in pr. Nunc autem de eo agitur, qui præſtat, quod non debet. Sed ideo ſolvere dicitur, quia ſe debere putans, dum hac opinione indebitum tanquam debitum præſtat, ſe ſolvere exiſtimat. Interim hanc opinionis ſolutionem exigimus. Soluti verbum duo continet, quæ totidem hac parte exigi intelligemus: ut quid detur ſcilicet re ipſa, & ut detur tanquam debitum. Dationem hoc verbum [1] exigit, quoniam ſolvere eſt naturaliter, id eſt re ipſa & vere dare, facere, quod debetur. *L. ſolutum*, 49. *D. de ſol.* Quod eo pertinet, ut iam a principio hic agnoſcamus, ſi qua hic obligatio naſcitur, iam non ex conventione ſola, ſed ex re naſci: quandoquidem obligationis res tradita initium faciat, non ſola conventio, de quo plura paulo poſt. Non eſt ſatis quid datum eſſe, ut ſolutum dicatur; dari oportet tanquam debitum: cum ut iam dixi, non ſolvatur quid, niſi quod debetur vel vere, vel opinione dantis. Hæc nota eſt, quæ ſolutionem indebiti a tranſactione diſcernit, cum quod tranſactionis cauſſa datur, non detur tanquam ante debitum, ſed ob cauſſam futuram, nempe ut a lite diſcedatur: Hæc eadem nota eſt, quæ hanc ſpeciem in repetitione dati a ſuperiore ſpecie diſtinguit. Nam & cum do tibi, quia debui, non minus do ob cauſſam præteritam, quam cum do, quia negotia mea curaſti. Cur ergo ex hac ſpecie poſteriore, quanvis negotia mea non curaris, nulla repetitio eſt: indebito autem ſoluto, ſi non ſit debitum, repetitio competit? Nempe quia illic quod datur, ob cauſſam præteritam datur voluntariam: hic ob cauſ-

1) Imo etſi nummi alieni, condictio eſt *L. 15. §. 1. h. t.* condicitur promiſſio ſeu cautio, *L. is qui* 31. *D. L. 3. C. h. t.* Duar. *h. t. C. 2.*

Digitized by Google

ſam præteritam illam quidem, ſed neceſſariam, quia ſolvitur tanquam debitum, quod vere debitum præſtare neceſſe habeas. Ex illa qui dat, donare vult: hinc denegata dati repetitio. Ex hac qui errans ſolvit, minime donare intelligitur: hinc errore comperto repetitio admiſſa. Quam recte utrumque, ſuperiore capite oſtendimus.

VI. Secundum exigimus ad ſoluti repetitionem, ut ſit indebitum quod ſolvitur. Debitum ſolutum quocumque modo vere debitum ſit, repeti non poteſt. Nam primum quod ut debitum ſolvitur, datur hoc animo, ne unquam repetatur. *L. qui ſic*, 55. *D. de ſol.* Quare ſi debitum eſt, ut ſenſit, non poteſt adverſus voluntatem & pactionem eius repeti. Quodcumque enim pactum eſt, prodeſt reo ad exceptionem. *L. iuriſgentium*, §. *ſed cum nulla*, *D. de pact. L. in bona*, *C. eod.* proinde & ad ſoluti retentionem, quæ ſuperioris pacti exceptione defenditur. Tum autem qui ſolvit, ut maxime ſolvat ex cauſſa præterita, tamen ex parte dat ob cauſſam futuram; nimirum ut ſequatur liberatio; dat enim ſui liberandi cauſſa. Hæc cauſſa ſequitur eum qui ſolvit debitum. Iam enim dixi ſolutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* Certi autem iuris eſt, quod ob cauſſam futuram non inhoneſtam datur, eius cauſſa ſecuta ceſſare repetitionem. *L. 1. D. de cond. cauſ. dat.*

VII. Debitum duabus ex rebus æſtimandum eſt: ex re ipſa, & ex perſonis eorum, inter quos res agitur. Ex re ipſa, ut ſit aliquid per ſe debitum, quiſquis id debeat, aut cuicumque debeatur. Ex perſonis, ut ſit etiam inter eos ipſos, inter quos ſolutio peragitur, debitum: ideſt ut debeatur ei cui ſolvitur, & debeat is, qui ſolvit. Quorum aliquid ſi deeſt, etiam si cætera concurrant, eſt indebitum quod ſolvitur.

VIII. Re debitum, quod valeat ad impediendam condicti ſolutionem duplex eſt. Aut enim civiliter quid debetur cum effectu, aut naturaliter tantum.

IX. Civiliter & cum re, quod ab invito exigi poteſt. *L. debitor*, *D. de verb. ſignific.* Id autem eſt, quod ex iis cauſſis, ex quibus obligationem iure civili naſci diximus, ita deberi cœpit, ut neque perſonarum conflictio impediret, quominus inter eas conſiſteret civilis obligatio, neque exceptio ulla perpetua obſtaret actioni; & quod debetur, deberetur pure aut in diem, non ſub condictione. Cauſſæ obligationum maxime ſunt illæ quatuor a Iuſtiniano poſitæ, contractus, quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium. §. *ult. Inſt. de obligat.* Sed non ſtatim cum omnibus perſonis conſiſtit civilis obligatio. Id ubi accidat, in naturali obligatione diximus. Exceptiones quoque perpetuæ actionem removent: quæ ſint, intelligi poteſt ex *Tit. Inſt. de except.* in pr. & deinceps. Sed & quod ſub conditione debetur, pendente conditione non modo peti non poteſt, ſed ne debetur quidem. *L. cedere*, *D. de verb. ſignif.* Nam quod debetur in diem, etiam ante diem debetur; ſive id natura tantum deberi placet, ſive etiam iure civili. §. *in diem*, *Inſt. de verb. obl. d. L. cedere*, *D. de verb. obl.* Si quibus igitur denegetur debiti ſoluti repetitio, dubitari non debet, quin his maxime denegetur, a quibus iam nunc quid exigi poteſt, aut certum eſt poſtea exigi omnino poſſe. Quod & de eo, qui in diem debitor ſit, diſerte traditur [2] in *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.*

X. Sed non minus debetur, quod naturaliter debetur, & ſi exigi nunquam poſſit. *L. 1.* §. *ult. D. de pec. conſt. L. naturales*, *D. de obl. act.* Quod genus debiti atque obligationis quale eſſet, & quas cauſſas haberet, ſatis ſupra diximus in huius generis explicatione. Unde quæ ad hunc locum facere videbuntur, poterunt aſſumi. Ergo & quod natura debetur, ut in aliis multis cauſſis, ita in repetitione ſoluti pro vere debito habetur, eoque nec ſolutum quanvis ab eo, qui ſe civiliter obligatum putaret, repeti poteſt. Sententia iuris certi [3] innumeris locis tradita. *d. L. naturales*, *D. de obl. & act. L. fideiuſ.* 16. §. *fideiuſſor. D. de fideiuſſor. L. naturaliter*, 13. *L. ſi pœnæ*, 19. in pr. *L. ſi quod dominus*, 63. *L. frater*, 38. *D. de cond. in d. L. ſed etſi*, 9. in fi. cum *L. quia*, *ſeq. D. de ſen. Mac.*

XI. Eſt tertium quoddam genus debiti, ſed quod verbo ita dicitur, re autem non eſt debitum. Id ſcilicet, quod iure civili debetur, & peti poteſt actione in eam rem eodem iure civili conſtituta, ſed iure prætorio

2) Vid. Duar. *h. t. C.* 5. qui cenſet interuſurium medii temporis repeti poſſe, quod refellit Rob. 1. *Sent.* 26. de quo & Gothofr. ad d. *L.* 10. Nec diſtinguit facti, an iuris errore ſolutum ſit, vid. *infra C.* 14. *N.* 5.

3) Exempla autem in *L.* 32. §. *pen. h. t.* de quo Duar. *C.* 6. *f.* 910. *L.* 26 §. 12. *h.* Nec tamen omne debitum naturale hunc effectum parit, ut obligatio antidoralis, vid. *Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. pupilli non locupletioris redditi, vid. *d. Lib.* 12. *C.* 22. *N.* 13. Tametſi quoad remuneratoriam obligationem diſtinguat Tiraq. poſt *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 56. an aliud ſolutum quam quod acceptum, ubi condictio ſit, an illud idem quod prius datum fuerat, & ex quo nata obligatio per *L.* 49. §. 1. verſ. *propterea quod creditor de fidem.*

torio actio exceptione perpetua removetur, de quo etiam genere ſuo ordine ſupra diximus. Qui ita debet, inquam, is [4] nullo iure vere debere intelligitur. Ut traditur *L. 3. §. 1. D. de pec. conſt.* Nam ut quod pluribus illic exſpoſuimus, liceat nobis hoc loco, cum maxime opus eſt, breviter attingere; qui ita debet, non debet natura, cum hac ipſa de cauſſa detur exceptio, quia non ſit æquum reum condemnari, quæ fere cauſſa eſt omnium exceptionum proponendarum, ut declaratur *Inſt. de except.* in pr. & deinceps. Id autem æquum, quod eſt ex iure naturali. *L. pen.* in pr. *D. de iuſt. & iur.* Sed nec iure civili, quia quæ hoc iure competit actio, re ipſa eſt inutilis propter exceptionem, qua ſummovetur, ut profecto ſummota non magis proficiat, quam ſi omnino nulla fuiſſet. Ex quo regula iuris, nihil intereſſe, utrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur.

XII. Hinc ex re ipſa duo genera indebiti, quæ eadem locum faciant repetitioni ſoluti. Unum genus eſt, cum quid omnino non debetur, ideſt neque iure civili, neque natura. *L. ſi non ſortem, 26. §. indebitum, D. de cond. ind.* Hoc quidem præcipue eſſe indebitum, & parere repetitionem ſi quod aliud, non dubitatur. Eſt autem id, cum aut nulla præceſſit debendi cauſſa, puta nulla ex illis generalibus quatuor; aut præceſſit quidem, ſed conatu tantum, iure autem non valuit. Ut, ſi ſtipulanti quid promiſſum ſit, ſed ſtipulatione inutili, qualis deſcribitur ex ſuis cauſſis *Inſt. de inut. ſtip.* Sunt autem hæ cauſſæ, de quibus ſupra diximus, puta ſi vel deſit iuſtus conſenſus, vel non ſit is finis quem oportet, vel non res, non perſonæ ad obligationem inducendam idoneæ. Sed & huiuſmodi indebitum eſt, cum vere cauſſa præceſſit, ex qua quid debeatur, ſed debetur ſub conditione. Iam dixi, quod ſub conditione debetur, pendente conditione omnino non deberi. *L. cedere, D. de verb. ſignif.* Quæ res facit, ut interim per errorem ſolutum repetatur [5] *L. ſub conditione, 16. D. de cond. ind.* Dum tamen conditionem hic intelligamus, quæ vere ſit conditio, ideſt de qua incertum ſit natura, an exſiſtat, necne. Nam conditio exſiſtens, ut loquitur Pomponius, ideſt ita conſtituta, ut certum ſit natura omnimodo exſtituram, veluti, dabo, cum moriar, pro die eſt, non pro conditione. Placetque ante ſolutum repeti non poſſe. *d. L. ſub conditione, 16. & 2. ſeqq. de cond. ind.*

XIII. Alterum genus indebiti eſt tertium illud, quod modo oſtendimus, cum quid iure civili peti poteſt, ſed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. Parit & hoc genus indebiti repetitionem videlicet, comprehenſumque eſt una definitione cum ſuperiore in *d. L. ſi non ſortem, 26. §. indebitum, de cond. ind.* Eadem prope definitio Papiniani, in *L. ex his omnibus, 54. D. eod.* his verbis: *ex his omnibus cauſſis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, ſecuta per errorem ſolutione, condictioni locus erit.* Aliis verbis eadem ſententia. Non valet cauſſa præcedens, quæ ex ſuperioribus cauſſis eſt inutilis. Quo verbo intelligi oportet, multo magis idem dicendum eſſe cum cauſſa nulla omnino præceſſit. Effectum non habet ea, quæ per exceptionem removetur.

XIV. Ex hoc poſteriore genere maxime nata eſt hæc definitio *L. qui exceptionem, 40. D. eod.* qui exceptionem perpetuam habet, eius cauſſa cum quo agitur, non in odium creditoris comparatam, ſolutum per errorem repetere poteſt. Natum hoc, inquam, ex illo priore, quod qui ita debet, ut exceptionem habeat adverſus actionem, is vere omnino non debeat: ubi ſcilicet actio tam eſt inutilis, quam ſi omnino nulla eſſet, ut dixi. *d. L. nihil intereſt, L. de reg. iur.* Et quod additum eſt de perpetua exceptione, & quæ in odium creditoris introducta non eſt, additum eſt propter ſuperius illud, quod de naturali debito diximus, id ſolutum ſcilicet repeti non poſſe. Nam & quæ exceptio perpetua non eſt, & quæ eſt in odium creditoris comparata, naturalem obligationem ſubeſſe indicat, ut mox dicemus. Adeoque verum eſt eum qui talem exceptionem habeat, qualem deſcri-

4) Unde & debitor deſinere dicitur exceptionem iuſtam nactus. *L. 66. de R. I.* ubi vid. P. Fab. & Gœd. ad *L. 12. de V. S. n. 10.*

5) Idem eſt in die incerto, qui conditionem facit. Et male Cuiac. 13. *Obſ. 20. & 18. Obſ. 1. in fin.* negatione inſerta *d. L. 16.* legit *die non exiſtente*, vel *die pendente*, notatus ab A. Gent. *de Div. temp. appell. C. 12.* & A. Fab. 4. *Con. 20.* qui *d. L. 16. in fi.* accipit de die plane incerto, ubi ſi ſolvatur eſt condictio *L. 56. h.* Excipitur niſi dies tempore condictionis venerit *d. L. 16. in fin.* ubi ratio dubitandi ſi tempus ſolutionis inſpicias, certum eſt indebitum per errorem ſolutum eſſe. Ratio decidendi Non ſolutionis, ſed condictionis tempus inſpici debet. Et convenit *L. ſeq.* 17. Non ibi præcedentis L. exemplum, ut Cuiacius. Sed confirmatio & ratio. Si eo caſu quo dies, quem venturum certum eſt, nondum autem venit, negatur repetitio, minus concedetur, ſi ante diem incertum ſolutum ſit, & dies is priusquam condiceretur exſtiterit. Plus namque eſt veniſſe, quam neceſſario venturum eſſe, A. Fab. *d. loc.*

Digitized by Google

ſcripſimus, ſolutum poſſe repetere, ut placeat ſufficere ad cauſſam indebiti, & ſoluti repetitionem, incertum eſſe, an naſcatur poſtea debitori eiuſmodi aliqua perpetua exceptionis defenſio. Traditum & declaratum exemplo in *L. ſufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Nempe ideo, quia ita fit, ut hoc ipſum incertum ſit, an qui ſolvit debeat, cum ſi exceptio poſtea nata erit, certum futurum ſit ex eventu, iſtum qui ſolvit, vere non debuiſſe, quia exceptionem habuit.

XV. Sed meminerimus in ea exceptione cui repetitionem damus, duo exigi; ut ſit perpetua, & ut ne ſit in odium eius, cui debetur, conſtituta.

XVI. Primum ut perpetua, *d. L. qui exceptionem*, *d. L. ſi non ſortem*, 26. *§. indebitum*, *de condict. indeb.* Quales ſunt illæ, quæ exprimuntur *Inſtitut. de exc.* in pr. & deinceps iuncto *§. appellantur:* Quod metus cauſſa, doli mali, pecuniæ non numeratæ, pacti conventi, iuriſiurandi, rei iudicatæ. Hoc ideo, quia ſunt quædam exceptiones temporales & dilatoriæ, quibus tutus quis ſi ſolverit, ceſſat repetitio. Talis eſt pacti conventi, ſi convenerit poſtea, ne intra certum tempus ageretur, *§. temporales. Inſtitut. de interd.* Talis exceptio mariti, & ſimilium perſonarum, ne conveniantur ultra quam facere poſſunt: utpote petitionem differens in id tempus, cum amplius facere poterunt. *L. unica*, *§. cum autem*, *Cod. de rei ux. act.* Ideo & qui exceptionem temporalis pacti habuit, ſi ſolvit ante tempus, non magis repetet, quam qui ab initio in diem debitor fuit, & ſolvit ante diem. *L. in diem*, 10. *D. de condict. indeb.* Cui ſimilis eſt, & qui debet ſub conditione, quam certum ſit omnimodo extituram, ut ante dixi, *d. L. ſub conditione*, & 2. *ſeqq. eod.* Eademque iſta ratione fit, quod placuit, si vel maritus, qui facere non poterat, dotem ſolverit, vel alius nomine mariti, utrumque in ea cauſſa eſſe, ut repetere non poſſit. *L. quod nomine*, 8. *L. nam & maritus*, *ſeq. D. de condict. ind.*

XVII. Cur ergo in alia cauſſa eſt, qui habet temporalem exceptionem? Quia quiſquis dilationem ad ſolvendum habet, quod vere debuit, sive eam habet conditione ipſa obligationis contractæ, sive poſtea quæſitam: & sive conventione dilatio tribuitur, sive lege: is ante diem si minus iure civili, at ſaltem natura debet. Hoc quidem conſtat, quod in diem debetur, dici ſimpliciter deberi. *L. cedere*, *D. de verb. ſignific. L. centeſimis*, 46. in pr. *D. de verb. obl.* Quod & in cæteris ſimilibus dilationibus intelligendum eſt. Eſto igitur, ante diem non debeatur iure civili, ad quod ſolvendum dilatio data eſt. De quo nunc non contendo, ſcripſi autem ad *d. L. centeſimis*, *de verb. obl.* At certe illud ſemper relinquetur, interim ſaltem natura debitum eſſe, quod ita debetur: cum ſi debetur neceſſe ſit alterutro modo deberi. Iam autem diximus, quod natura debetur, ſolutum quovis modo repeti non poſſe.

XVIII. Iam & illud in exceptione, cui repetitionem ſoluti damus, ſuperior definitio exigit, ut ne ſit exceptio in odium creditoris comparata, ſed eius cum quo agitur gratia, id eſt rei, *d. L. qui exceptionem*. Nempe ideo, quod & hic qui exceptionem non ſua cauſſa, ſed in odium creditoris conſtitutam habet, is nihilominus natura debet: quam obligationem iam ſæpe dicimus, impedire indebiti condictionem. Redditur hæc ratio in *L. ſi pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. ſed ſi* 9. in fin. & *L. quia ſeq. D. de ſen. Maced.* Videndum, quæ exceptiones ſint reorum cauſſa comparatæ, non in odium creditoris. Et cum omnes debitoris defenſionem contineant (ſunt enim eiuſmodi, quæ reum damnatione eximant, si ſunt perpetuæ, vel minuant damnationem, si ſint temporales. *L. antep. D. de exc.*) neceſſe eſt omnes perpetuas defendendi ſolum rei cauſſa comparatas videri, niſi aperte lege declaretur in odium creditoris dari.

XIX. Convenit huius poſterioris generis eſſe exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani de pecunia filiofamilias credita, cui propterea ſoluti huius crediti repetitio denegatur, *d. L. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. d. L. ſed ſi* in fin. & *L. ſeq. de Mac.* Liquet ex verbis ſenatuſconſulti, quod extat in *L.* 1. *D. de ſen. Mac.* Nam primum illic teſtatur Senatus, ſe ad eam exceptionem dandam veniſſe motum improbitate & avaritia Macedonis fœneratoris, quam averſetur. Addit deinde cupere ſe præcidere materiam peccandi, quam iſtiuſmodi hominum improbitas in pecunia credita malis moribus præſtaret. Ad extremum ut intelligeretur, quæ exceptio eo ſenatuſconſulto datur filiisfamilias in pecunia credita, eam non in odium ſolius Macedonis cuius initio facta erat mentio, ſed omnium fœneratorum eſſe conſtitutam, ſubiicitur hæc ratio in *extremo*; ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius filiifamilias nomen, id eſt debitum,

bonum

bonum fieri poſſe exſpectata patris morte. Si qua lex aut pars iuris occurret uſquam eiuſmodi, qua exceptionis dandæ cauſſa ita aperte in odium creditoris conferatur, non dubitabimus, quin exceptio ſit in eadem cauſſa cum ſuperiore ex *d. L. qui exceptionem*.

C A P. XII.

Unam eſſe exceptionem perpetuam in odium creditoris comparatam, quæ ideo indebiti quamvis per errorem ſoluti condictionem impediat, exceptionem ſenatusconſulti Macedoniani. Falſum eſſe, quod vulgo docent, in hoc numero eſſe præterea duas has exceptiones, Doli, & Rei iudicatæ. Declaratum id pluribus, & expoſita per occaſionem *L. Iulianus*, 60. *D. de cond. ind.* Additum & de his, quæ debita alio modo ſolvuntur, quam debentur.

Una S. C. Macedoniani perpetua exceptio ſoluti repetitionem ſummovet. I.
Proponitur interpretum opinio, qui ſuperiori annumerant exceptionem doli mali, & rei iudicatæ. II.
Exceptionem doli mali primariam ſoluti repetitionem admittere pluribus oſtenditur. Accurſii & aliorum obiectis occurritur. III. IV. V.
Item iudicatæ rei exceptionem. VI. VII. VIII. IX.
Vera ſpecies L. Iulianus 60. D. de condict. indeb. *proponitur, & illuſtratur.* X. & ſeqq.
Eamdemque ſuperiori definitioni de rei iudicatæ exceptione ſuffragari contrariorum refutatione oſtenditur luculentiſſime. XI. XII. XIII.
Rerum ſumma, & concluſio. XIV.
Quæ perpetuam rei debitæ retentionem habent exceptiones, habent etiam ſoluti repetitionem. Plura id genus exempla. XV.

I. SEd an ſit ulla exceptio perpetua eiuſmodi præter ſuperiorem, quæritur. Nam hæc ſola proponitur in *d. L. qui exceptionem*. Sed exempli loco, mihi nulla alia præterea occurrit. Certe de nulla alia ulla in parte iuris idem traditum omnino legimus. Ut ſi ita eſt, recte dicturi ſimus, qui aliam aliquam exceptionem perpetuam habeat, eum ſi ſolvat, ſolutum per errorem pariter repetiturum.

II. Et de cæteris non dubitant vulgo interpretes. Duas excipiunt, quas eodem loco cum exceptione Macedoniani habent; exceptionem doli mali, & rei iudicatæ. Illam præcipue ad *L. qui ſe debere, D. de cond. cau. dat.* hanc ad *d. L. qui exceptionem, de cond. ind.*

III. Nos videamus, ne hæ maxime reorum cauſſa comparatæ ſint, & ad definitionem ſuperiorem maxime pertineant. Exceptio doli mali primaria, id eſt quæ cum nulla alia exceptione ſpeciali concurrat, competit ex hac cauſſa, cum quis exiſtimans ſe debere, quod non debebat, id vel creditori ipſi, vel alii iuſſu creditoris ſtipulanti promiſit vel ſtipulantis dolo inductus, vel ſuo ipſius errore deceptus. Veluti, ſi heres centum, quæ teſtamento legata proponebantur, promiſerit legatario teſtamenti fidem ſecutus, cum ea adempta eſſent codicillis, qui latebant. Hic ſive legatarii dolo factum eſt, ut heres ea centum promitteret, dum a legatario ſupprimuntur codicilli, ſive utriuſque iuſto errore id accidit, dum codicilli ab utroque ignorantur: nihilominus utroque caſu ſubtilitate iuris obligatur ex ſtipulatione heres: ſed ei doli exceptio competit. *L. ſi quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. Inſt. de exc.* in pr. Quid ſi heres quo errore primum iſta promiſit, in eodem etiam poſtea perſeverans ex ſtipulatione ſolverit? Negant vulgo eum repetere poſſe. Quia exceptio doli, qua ſe tueri potuit, ſit odioſa: odioſam negant tribuere repetitionem. *d. L. qui exceptionem, de cond. ind.* Aio repetere poſſe, quod eſt veriſſimum. Et quidem in ipſiſſima ſpecie ſuperiore diſerte reſponſum eſt in *L. qui ſe debere, D. de cond. cauſ. dat.* Quæſitum eſt, inquit Iulianus, utrum promiſſor poſſet repetere eam pecuniam, quam dediſſet. *Nerva, Attilicinus reſponderunt, quoniam putaſſet, debere pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet, ipſum repetiturum.* Quo quid apertius? Sed hic Accurſius & reliqui argutantur. Quia enim in ſpecie *d. L. qui ſe debe-*

debere, agitur de eo, qui ſuo errore, non adverſarii dolo deceptus promiſit: fatentur exceptionem doli, quæ inde naſcatur, parere repetitionem ſoluti, ut cæteras: ſed eam ſe intelligere dicunt, quæ competat ei, qui promiſerit dolo adverſarii deceptus. Qui hanc habeat, ſolutum non poſſe repetere; quia ſit exceptio odioſa. Ridiculum: quaſi ea exceptio doli, quæ in re ipſa decepto competit, non æque naſcatur ex dolo adverſarii; quæ non alia de cauſſa competit, quam quod qui petit ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit, ut diſerte ſcriptum eſt in *d. L. ſi quis eum aliter*, in fin. *D. de verb. obl. L.* 2. §. *circa*, *D. de dol. exc.* Et rogo, unde dicitur doli exceptio, niſi ex dolo adverſarii, cui opponitur? Illud etiam ineptius, quod in priore exceptione repetitionem ſoluti admittunt, in poſteriore denegant; cum priore illo admiſſo, multo magis admittendum fuerit poſterius. Nam ſi ei, qui ſuo errore ſolum deceptus promiſit, competit ſoluti repetitio, quia id fieri æquum eſt: quanto æquius & verius eſt competere ei, qui ultro etiam adverſarii dolo inductus id fecit? Sic enim duplex cauſſa citius ei dederit repetitionem, ipſius error, & adverſarii machinatio. Et præterea minus culpæ eſt in eo, qui ab adverſario decipitur, quam qui ſuo ipſius errore. Nam errorem noſtrum, qui ex re ipſa naſcatur, vitare aliquando poſſumus diligentia noſtra, puta diligenter inſtrumenta hereditaria aſſervando, ut ne codicilli, & ſi quid eſt ad teſtamentum pertinens, excidat; tum in res hereditarias diligenter inquirendo. Alienum autem dolum, puta eius, qui codicillos interverterit & celet, vitare non poſſumus.

IV. Sed etſi deeſset ſuperioris loci auctoritas: tamen non dubiis argumentis probari poteſt, exceptionem doli, eam ipſam quæ decepto adverſario competit; pertinere ad definitionem *L. qui exceptionem*. ut ſcilicet qui eam habeat, poſſit perperam ſolutum repetere. Tribuitur ea definitione hæc repetitio ei exceptioni, quæ eius cum quo agitur cauſsa datur. At talis eſt doli mali exceptio etiam adverſus eum, qui decepit. Diſerte traditum, *Inſt. de exc.* in pr. Proinde ex ea definitione hæc exceptio repetitionem dabit. Eiuſdem definitionis & illud eſt omnem exceptionem perpetuam repetitionem ſoluti tribuere, ſi non eſt prodita in odium eius, cui debetur. At ex hac quoque parte & exceptioni doli repetitionem dabimus. Errat enim valde, ſi quis hanc exceptionem in odium creditoris, ac non ob favorem rei & cauſſæ comparatam exiſtimat. Sic enim ſtatuendum eſt, eam demum exceptionem in odium creditoris comparatam intelligendam eſſe, quam reus ita habet, ut tamen naturaliter obligetur, ac nihilominus placeat legi eum exceptione tutum eſſe. Neque alia cauſa eſt, quæ in iſtiuſmodi exceptione impediat ſoluti repetitionem, quam naturalis obligatio, quæ huic exceptioni adiuncta eſt. Quod & diſerte traditur in *L. ſi pœnæ*, 19. in pr. *D. de cond. ind. L. ſed ſi* 9. in fin. *L. ſeq. D. de ſen. Mac.* At qui cum non debeat, promiſit circumventus, atque hinc exceptionem doli habet adverſus dolum adverſarii, is minime omnium natura debet. Quid enim magis contra naturæ æquitatem quam decipienti dolum ſuum prodeſſe, decepto nocere, qui ſine dolo non debebat? Et ideo qui ita promiſit, dicitur ſubtilitate iuris eſſe obligatus, in *d. L. ſi quis eum aliter de verb. obl.* ut intelligamus ſubtilitate iuris ſola obligatum, non natura. Subtilitas enim iuris benignitati & æquitati, ſeu æquo & bono opponitur. *L. ſi tibi pecuniam*, 20. in fin. *D. ſi cert. pet. L. ſilio*, *D. de iniuſt. rupt.* Id autem ut ſuperiore capite diximus, æquum & bonum, quod natura ſeu iure naturali tale eſt. *L. pen. D. de iuſt. & iur.* Sed & dicitur doli exceptio comparata, non tantum ne cui dolus ſuus proſit per occaſionem iuris civilis ſummi; ſed ne proſit contra naturalem æquitatem. *L.* 1. *D. de dol. exc.* Petit ergo contra naturalem æquitatem, qui a decepto promiſſore petit. Quod ſane non alia de cauſa id ita facere dicitur, quam quod deceptus promiſſor naturali æquitate defenditur, ne ſolvat, quam æquitatem actor petendo oppugnat. Non ergo hic promiſſor natura debuit. Quapropter non eſt hæc exceptio in odium, ſeu pœnæ creditoris cauſſa comparata, ſed propter rem & cauſſam ipſam, quia ſcilicet in re eſt, ut reus vere & ſecundum naturam non debuerit.

V. Moventur tamen hoc argumento, quod dicant doli exceptionem eſſe odioſam: traditum ſit autem in *d. L. qui exceptionem*, *de cond. ind.* odioſas exceptiones non tribuere ſoluti repetitionem. Et ſi hoc poſterius non convenit verbis *d. L. qui exceptionem*, tamen concedamus. At illud nequaquam verum eſt, exceptionem doli eſſe odioſam. Nam ſi intelligunt odioſam, quæ in odium creditoris comparata ſit, quibus verbis utitur *d. L. qui exceptionem*. iam ſatis oſtendimus falſum eſſe. Sit ſane dolus actoris, qui reum decepit,

odio dignus. Sed manifeſtus hic error eſt, ſi quis ex eo colligit exceptionem doli eſſe odioſam. Immo contra, ſi dolus turpis eſt, & non ferendus, dignum laude eſt & benevolentia, quidquid dolum oppugnat. Quod ſi intelligunt odioſam exceptionem eam, quæ non ſit favorabilis, primum nihil eos adiuvat *L. qui exceptionem*, in qua definitio non eſt de exceptione non favorabili, ſed de ea quæ comparata ſit in odium. Deinde non minus & hoc per ſe falſum eſt, exceptionem doli non eſſe favorabilem. Nulla eſt enim ſententia iuris certior, quam hæc, deceptis non decipientibus iura opitulari. *L.* 2. §. 1. *D. ad Vell.* Opitulari autem alicui, & aliquem auxilio dignum putare, nihil aliud eſt, quam ei favere, putare favore dignum. Ut apud Ovidium.

.......*Simplicitas digna favore fuit.*

Ideſt digna auxilio. Unde rei dicti favorabiliores, quam actores, *L. favorabiliores, D. de reg. iur.* pro eo quod eſt, maiore & propenſiore auxilio dignos eſſe, quia laborant, & id agitur, ut liberentur. *L. Arrianus, D. de obligat. & act.* Ex quo illud Quintiliani, *Naturalis eſt pro laborantibus favor*. Id eſt naturalis propenſio ad auxilium ferendum iis, qui laborant. In quo numero ſunt rei. Quocirca omnia concurrunt, quæ evincant exceptionem doli mali maxime eſſe ex earum genere, quæ comparatæ ſunt rei tuendi cauſſa ob id quod natura non debeat. Proinde qui eam exceptionem habeat, ſi per errorem ſolverit, ſolutum repetere poſſe.

VI. Quod attinet ad exceptionem [1] rei iudicatæ, nihil verius, quam hanc præcipue in eadem cauſſa haberi oportere. Rei cauſſa comparatam eſſe conſtat. Nam cum Iuſtinianus initio *Tit. Inſt. de except.* proponat exceptiones defendendorum reorum cauſſa comparatas eſſe eas, quas ſubiicit, inter cæteras perpetuas enumerat exceptionem rei iudicatæ. §. *item ſi*. Sed ita hanc rei defendendi cauſſa comparatam eſſe quis dixerit, ut ſit primo in odium actoris comparata. Hoc vero de hac exceptione nullo modo dici poteſt. Eam enim demum exceptionem in odium creditoris comparatam eſſe vere dixeris, quæ comparata eſt pœnæ cauſſa, ut cum reus debeat, tamen creditor exceptione repellatur. *L. ſi pœna*, in pr. *de cond. ind.* Nulla porro pœna aut coercitio, ubi nullum delictum; quia pœna nihil niſi delicti coercitio eſt. *L. aliud eſt fraus, D. de verb. ſignif.* Quid autem actor deliquit iudicio agendo, etiam ſi victus ſit? fieri poteſt, ut iure egerit, & victus ſit tamen imperitia aut iniquitate iudicis. Et ut forte illi debitum nihil fuerit, fieri tamen poteſt, ut putaverit deberi. In quo errore nihil delinquit, qui propter metum periculi incerti noluit indefenſum ius ſuum relinquere. *arg. in L. illud, D. de her. pet.* Quapropter in odium actoris comparata eſſe hæc exceptio dici omnino non poteſt. Quod si utrumque concurrit, ut rei defendendi cauſſa comparata ſit, nullo autem modo in odium creditoris, pluſquam manifeſtum eſt pertinere eam ad definitionem *d. L. qui exceptionem*, ut ſcilicet qui eam habeat, dicendum ſit eum perperam ſolutum, ut indebitum iure repetiturum. Plus dicimus, ſi tribuitur hæc ſoluti repetitio aliis exceptionibus perpetuis; bis cauſſam eſſe cur tribuatur exceptioni rei iudicatæ. Nam cæteræ ut maxime comparatæ ſint reorum cauſſa; in his tamen nihil amplius verſatur, quam utilitas privatorum id agentium, ut exceptione patrimonium ſuum tueantur. In exceptione autem rei iudicatæ, ut hæc ſerventur, non tantum agitur utilitas privata eius, qui abſolutus eſt, ſed etiam publica. Publice enim intereſt res iudicatas ad ſuum cuique recte tribuendum & lites finiendas exitum habere. *L. ſervo*, 65. §. *cum prætor D. ad Trebell.*

VII. Quæ cum ita ſint, evidentem aliquam rationem eſſe oportuit, cur hanc vulgo putarent eximendam aliorum numero, vel potius ſuperiorem definitionem in hac exceptione non ſequendam. Nunc autem quam rationem adferunt? Hanc videlicet, exceptionem rei iudicatæ inductam eſſe iuris rigoris ſervandi cauſſa Et hoc ideo, quia ſæpe abſolvatur, qui debeat. At hæc ratio plane eos oppugnat. Demus enim reum iure abſolutum, quia & re vera non debuerit. Nonne conſe-

1) In quo DD. accedit Duar. *h. t. C. ſ.* 908. per *L. index* 28. *h. tit.* quam noſter præterit, & *C.* 6. *ſ.* 910. Sed facilis Reſp. Ibi ſolvit ſua ſponte ſciens & bonam fidem agnoſcens. Hic quæritur de eo, qui ignorans vel ex errore ſolverit. Diff. & Pac. 4. Q. 14. Hortenſ. *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 33. *& ſeq.* ita: Si ſententia abſolutoria iuſta ſolvens deinde errore repetit. Quod quinque rationibus non neceſſariis firmat, cum dubio omni careat. Sin iniuſta, quia vere debuit, non repetit, per *d. L.* 28. *d. L.* 60. *h. t.* Diſtinguit tamen hoc poſteriore caſu inter errorem facti, quo ſi ſolverit abſolutus iniuſte repetat, & iuris, quo non item. Atque ſic in effectu cum Donelli noſtri ſententia conveniunt. Hoc intereſt quod alias Vaſquez putat cum DD. vulgo regulariter quemvis, etiam iuris, errorem condictioni cauſſam dare.

Digitized by Google

quens eſt eorum ratione hunc ſolventem poſſe repetere? Omnino. Et vero quid dici poteſt, cur hic ſolutum non poſſit repetere, qui nec ante; nec poſt ſententiam debuit? At fieri poteſt, inquiunt, ut debuerit qui eſt abſolutus. Fieri poteſt; ſed fit interdum, non ſemper. Cur ergo generaliter definiunt de omni hac exceptione, quod ad omnem non pertinet? Ego autem doceo, ex hac ipſa iſtorum ſententia, omnem, qui abſolutus ſolvit, ſemper poſſe ſolutum repetere. Fatentur, ſi quis abſolutus ſit, qui & non debuerit æquum eſſe, ut ſolutum repetat. Atqui omnis qui abſolutus eſt, perinde habetur poſt rem judicatam, quaſi non deberet. Res enim judicata inter eos, inter quos res acta eſt, pro veritate accipitur. *L. res judicata*, *D. de reg. iur.* Sit ergo omni abſoluto, qui poſtea ſolvit, repetitio ſoluti, tanquam qui non debitum ſolverit.

VIII. Etiam ſi hoc abſolute & perpetuo verum non ſit, tamen omnes concedent tamdiu huic iudicio ſtandum eſſe, donec contrarium probetur. At hoc adverſus eum, qui abſolutus eſt, probari nunquam poteſt. Nam ſi actor, qui ſolutum a reo abſoluto errante acceperat, dum ſolutum repetitur, dicat abſoluto; repetere non potes: vere enim debuiſti, & probare paratus ſum; non audietur. Certi enim iuris eſt, poſt rem iudicatam nihil amplius quæri inter eaſdem perſonas, quam an iudicatum ſit. *L. poſt rem*, 56. *D. de re iud.* Sic fit, ut qui ſemper pro eo habetur, quaſi non deberet, vel iſtorum ſententia repetere poſſit ſolutum, tanquam non debuerit. Dicant nunc, ſi videtur, hoc rigide conſtitutum eſſe, quia poſſit, qui abſolutus eſt, natura debere. At certe hic rigor in eo erit, quod conſtitutum eſt actorem ſemel victum non poſſe de eadem re iterum controverſiam movere, nec admitti ad contrarium probandum. Hoc autem ſemel poſito reum non debere, aut certo ita certo haberi, quaſi non debeat, quod ex priore illo ſequitur; fatendum eſt non iam rigore fieri, ſed iuris certi ratione, quæ infirmari non poteſt, ut qui ita ſolvit, quia ſolvit indebitum, poſſit repetere. Tollant ergo prius rigorem illum, quem dicunt rei iudicatæ omnimodo ſervandæ, ſic deinde quod dicunt de debito, poterit recipi. Quod ſi illam vim rei iudicatæ concedunt omnes, nec quiſquam eſt, qui refragetur: ſciant hoc admiſſo, etiam illud quod ſequitur, admitti neceſſe eſſe, dum ſcilicet qui abſolutus eſt, pro non debitore eſſe habendum, atque hoc poſito, etiam indebiti ſoluti repetitionem habere.

IX. Et quæſo, cur hanc vim potius repudient in exceptione rei iudicatæ, quam in exceptione iuriſiurandi? Fatentur, ſi quis deferente adverſario iuraſſet ſe non debere, huic ſic competere exceptionem iuriſiurandi, ut ſi quis idem ſolverit per errorem huius exceptionis ignarus, puta iurantis heres, aut fideiuſſor, ſoluta pecunia repeti poſſit. *L. ſi quis iuraſſet*, 43. *D. de cond. ind.* At is non minus falſo iurare poteſt ſe non debere, quam reus ſententia iudicis falſo pronuntiari non debere. Cur ergo in exceptione iuriſiurandi admittant potius ſoluti repetitionem? Si vere uterque non debet, qui iuravit, & qui eſt abſolutus; cur non utrique pariter datur indebiti ſoluti repetitio? Si pariter uterque falſo dictus eſt non debere, cur iuranti potius detur, quam abſoluto? Ratio vero differentiæ reddi omnino non poteſt, niſi quod in exceptione rei iudicatæ maior eſt, cur huic repetitio tribuatur, quam exceptioni iuriſiurandi: cum in hac ſervanda privata ſolum utilitas: in illa etiam publica verſetur, ut dixi. Dicent iuſiurandum ſervari propter conventionem *L. ſed etſi*, 25. *L. qui iuraſſe*, ſeq. *§. ult. D. de iur.* Vel hac ipſa admittant ſervandam inter litigatores rem iudicatam. Nam & in iudicio accipiendo conventio mutua interponi intelligitur, ut reus ſolvat, ſi condemnatus erit; ſi abſolutus, ne ab eo petatur. Unde actori etiam ipſi actio iudicati, quæ contrahi dicitur, ut ſtipulatione. *L. 3. §. idem ſcribit. D. de pecul.*

X. Cur ergo laboramus in re, ut videtur, tam aperta, aut quomodo illi in re ita aperta tam fœde labi potuerunt? Non defuit errandi cauſſa, quæ illis obiecta eſt ex *L. Iulianus*, 60. *D. de cond. ind.* ubi duo hæc leguntur, eum qui abſolutus eſt, ac propterea exceptionem rei iudicatæ habet, ſolutum repetere non poſſe, & præterea abſolutum natura debitorem permanere. Sed reſponſum tam ad id, de quo agitur, nihil pertinet, ut nihil ſit alienius, nec quidquam magis ſententiam noſtram ſuperiorem confirmet: ſi tamen recte intelligitur. Quod ut fiat, plenius proponam. Id enim poſtulat loci nonnulla obſcuritas, quæ etiam doctiſſimos tenuit. Species facti hæc. Cum vero debitore iudicio agi cœperat. Quo mortuo eius heres, idemque verus debitor, ut qui ſucceſſiſſet in æs alienum defuncti, cum interpellaretur a creditore

de

de eodem debito, ignorans iudicii cum defuncto ſuſcepti, veris vel inſtrumentis, vel teſtibus victus bonam fidem agnovit, & ſolvit [2] pendente adhuc iudicio. Quæ ideo in herede, & iudicii inſtituti ignaro fingimus, ut procedat quærere, quod ſequitur in quæſtione, an poſſit hic verus debitor, quod ita ſolvit, repetere. Nam in eo, qui ſciret ſe ex iudicii cauſſa exceptionem habere, aut habere poſſe, inepte hoc quæreretur, cum certi iuris ſit cum qui ſciens ſe exceptione tutum, ſolvat, repetere non poſſe. *L. ſi non ſortem*, 26. §. *indebitum*, *D. de cond. ind.* Solvit ergo verus debitor pendente iudicio: per errorem tamen: proinde & iudicii ignarus, quod contingere poteſt heredi. Comperit poſtea is heres, idemque debitor iudicium de ea re fuiſſe cœptum, & iudicium etiam nunc pendere. Hic ex pœnitentia condicere vult ſolutum. Quæſtio, an poſſit. Sed cur dubitatur? quæret aliquis. Proponimus enim verum debitorem ſolviſſe: nempe quod debebat. Indebiti autem ſolum fatemur eſſe repetitionem, non etiam debiti. Dubitandi cauſſa ex eo, quod ſupra definivimus, non ſolum eum habere ſoluti repetitionem, qui exceptionem perpetuam habuit, cum ſolveret; ſed etiam eum, de quo incertum eſt, an eam exceptionem nanciſceretur poſtea. *L. ſufficit*, 56. *D. de cond. ind.* Id quidem in propoſito contingere poſſe videtur ei, qui pendente iudicio ſolvit. Etſi enim verus debitor eſt, potuit tamen poſtea abſolvi vel iniuria iudicis, quanvis non ideo abſolveretur, quia ſolviſset. Abſolutus conſequeretur exceptionem rei iudicatæ, quæ reis abſolutis datur. Hinc quæſtio, an propter incertum huius exceptionis, ſoluti repetitio pendente iudicio danda ſit. Paulus de ſententia Iuliani reſpondet verum debitorem poſt litem conteſtatam manente adhuc iudicio ſolventem repetere non poſſe. Non obſtare, quod poſſit poſtea abſolvi. Nam nec abſolutum, nec condemnatum repetere poſse. Condemnatum non poſse conſtat: nec de eo nunc quæritur. Sed nec abſolutus poteſt; quia inquit, licet ſit abſolutus, tamen natura debitor permanet. Quo ſignificat ei in id tempus, quo ſolvit, exceptionem rei iudicatæ prodeſse non poſse, vel potius in id tempus nullam eſse. Sic fit, ut verus iſte debitor pendente iudicio ſolvens, ideo non repetat, quia in omnem eventum debitor maneat; manet enim, ſive ſit condemnatus, ſive abſolutus. Unde bene eum ſimilem eſse dicit ei, qui ita promiſit, ſive navis ex Aſia venerit, ſive non venerit. Nam & hic in omnem eventum debiturus eſt: *L. neceſſario*, §. *pen. D. de peric. & com. rei vend.* Et ut ſubiicit Paulus, *quia ex una cauſſa alterius ſolutionis origo proficiſcitur*. Ex una cauſſa, intellige remota & deficiente. Alterius ſolutionis origo ſic accipe, ſolutionis origo ex altera cauſsa. Ut ſit ſenſus, quia ex una cauſsa deficiente incidimus in alteram, ex qua neceſse eſt deberi, & ſolvi, quod debetur. Vel apertius, quia cum ex una cauſsa deſiit deberi, continuo ex altera contraria deberi incipit.

XI. Hæc reſponſi breviter ſententia eſt. In quo interim apparet duo illa ſtatui, quæ dixi. Eum qui abſolutus ſit, ſolutum repetere non poſſe; & præterea eum qui ſit abſolutus, natura debitorem manere. Utrumque ut videtur ei ſententiæ, quam poſuimus, plane contrarium. Et ut de eo iam reſpondeam, eſſet utrumque contrarium, ſi diceretur de eo reo, de quo agimus. Nunc autem dicitur, utrumque de eo, in quo omnia ſunt contraria. Reſponſum eſt de vero debitore. Verus debitor ſi ſolvit, non repetit. Non mirum: nulla enim debiti ſoluti repetitio eſt, ſed ſolum indebiti. Id quod etiam ſupra ſtatuimus. Nos loquimur de eo, qui debitor non eſt, quia exceptionem habet, qua tutus perinde non tenetur, quaſi omnino non deberet. *L. nihil intereſt*, *D. de reg. iur.* Reſponſum eſt de vero debitore, qui pendente iudicio ſolvit. Non mirum, ſi hic non repetit. Solvit enim non ſolum verus debitor, ſed & qui exceptionem rei iudicatæ non haberet. Nondum enim erat abſolutus. Nos loquimur de eo reo, qui abſolutus ſolvit, id eſt qui abſolutus exceptionem rei iudicatæ habuit iam tum, cum ſolvebat. Merito hic ſolutum repetit, quia prius non debuit propter exceptionem perpetuam iam ante quæſitam. Non obſtat, quod verus debitor pendente iudicio ſolvens poteſt poſtea nanciſci exceptionem rei iudicatæ, quia abſolvi poteſt. Nam hæc exceptio conſtituta illi eſſe poteſt pro eo tempore, quod ſecutum eſt ſententiam. Per ſententiam enim primum factum eſt, ut res iudicaretur, unde hæc exceptio. At nulla eſſe poteſt de eo facto, quod ſententiam anteceſſit, quia tunc abſolutus non fuit. Neque ſententia ſequens muta-

2) Greg. Lopez. *Animadv.* C. 14. n. 2. ſolviſſe hic debitorem poſt litem conteſtatam, ſed ante ſententiam, nihilque magis litteræ contrarium, quam quod DD. contendunt, ſolviſſe poſt ſententiam &c.

mutavit conditionem illius temporis. Nam ut eſt in *reſponſo*, ante ſententiam qui ſolvit, verus debitor fuit. Verus debitor licet ſit abſolutus, natura tamen debitor permanet: id eſt manet idem, qui prius fuerat. Hoc recte: quippe affirmatio aut negatio iudicis pronuntiantis aliquem non debere, qui debebat, veritatem rerum mutare non potuit. *L. aſſumptio, D. ad munic.* Ex quo intelligitur ne hoc quidem quidquam adverſari, quod dicitur eum qui abſolutus eſt, natura debitorem manere. Recte enim dicitur de vero debitore, qui ante ſententiam ſolvit: de vero, inquam, id eſt de eo, quem & talem eſſe conſtabat vel ipſius confeſſione, quæ tum fuit, vel certis aliis probationibus. Nihil enim intereſt, utrum quid non ſit, an cum ſit re vera, & ſecundum naturam, tamen ita eſſe non probetur. *arg. in L. duo ſunt, D. de teſt. tut.* De eo debitore, inquam, recte dicitur, hunc permanere debitorem, qui antea fuiſſet. At de eo dici nullo modo poteſt, qui abſolutus ſolvit, de quo nunc agimus. Hic enim ante ſententiam debitor non fuit. Certe de eo non conſtitit, & quod amplius eſt, nec unquam deinceps poteſt conſtare. Ante non fuiſſe reum habitum pro debitore res loquitur. Ideo enim litigabat, quod negaret ſe debere. Hanc eius affirmationem non mutavit ſententia ſequens, ſed confirmavit; abſolutus eſt enim tanquam non deberet. Cumque hactenus pro debitore habitus non ſit: tum vero nec deinceps poteſt conſtare ipſum aliquando ante rem iudicatam debitorem fuiſſe. Nam ſi actor, a quo ſolutum repetitur, dicat eum qui repetit, vere debuiſſe, & ſe paratum probare; non eſt audiendus. Huic enim obſtat exceptio rei iudicatæ, in qua ſolum hoc quæritur, an iudicatum ſit, omiſſa quæſtione, utrum reus iure, an iniuria ſit abſolutus. *d. L. poſt rem, D. de re ind.* Hæc cum ita dicantur de rebus & perſonis contrariis, non modo non pugnant inter ſe, ſed etiam inter ſe ita conſentiunt, ut mutuo ſibi adſtruant fidem, id eſt ita unum verum ſit, ut continuo neceſſe ſit, verum eſſe & alterum. Nam qui dicit verum debitorem repetere non poſſe, idem hoc ipſo confirmat, ſi quis cum debitor non eſſet, ſolverit, poſſe repetere. Item qui dicit eum qui pendente iudicio ſolvit, quia exceptionem rei iudicatæ non habebat, repetere non poſſe: idem contraria de cauſſa hoc dicere intelligitur, si quis abſolutus ſolvat, quia exceptione rei iudicatæ munitus eſſet, repetitionem habiturum.

XII. Confirmatur igitur reſponſo *L. Iulianus, de cond. ind.* ut ſi qua alia re maxime, id quod ſupra poſui de exceptione rei iudicatæ, non infirmatur. Atque hæc ita ſunt citra dubitationem, ſi conſtet, quæ ibi dicuntur de eo qui abſolutus eſt, dici de vero debitore. Sed hic ſubſiſtunt vulgo interpretes, atque hinc erroris cauſſa. Putant enim hæc verba, quia nec abſolutus, nec condemnatus repetere poſſet, non deberi referri ad verum debitorem, qui pendente iudicio ſolvit, de quo propoſitum erat, ſed mutata oratione referri ad eum, qui ante ſententiam non ſolviſſet. Moti ſunt, ut id dicerent, hac obiectione. Apparet ſuperiorem rationem non pertinere niſi ad eum, qui abſolvi poteſt & condemnari. At verus debitor pendente iudicio ſolvens condemnari non poteſt. Sic enim traditur in *§. ult. Inſt. de perp. & temp. act.* ſi ante rem iudicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, abſolvi eum debere, licet in ea cauſſa fuiſſet iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet. Ita neceſſe eſt referri ad eos, qui abſoluti ſolverunt, ut etiam hi ſolutum repetere non poſſint. Ac ſi quis roget, quid hoc ad rem, cum quæſtio poſita ſit de vero debitore, qui pendente iudicio ſolvit, reſpondent in eo ineſſe argumentum a maiori. Nam ſi nec is qui abſolutus ſolvit: repetit: multo minus repetet verus debitor, qui pendente iudicio, id eſt nondum abſolutus ſolvit. Et de obiectione poſtea. Ante hoc ſtatuendum arbitror, diligenter nobis cavendum eſſe, ne unquam conceſſerimus rationes a Paulo ſubiectas in ſuperiore reſponſo ad alium quam ad verum debitorem referri. Atque adeo nec poſſunt. Quominus poſſint, duo prohibent. Primum ratio recti ſermonis. Hæc enim verba, *abſolutus & condemnatus*, ſunt adiectiva, ut Grammatici docent, quæ non poſſunt in oratione conſiſtere, niſi alicui ſubſtantivo adiungantur. In ſuperiore autem reſponſo nullum eſt ſubſtantivum, cui applicentur, niſi verus debitor, de quo præceſſerat ſermo. Non poſſunt igitur ad alium referri. Sic enim verba ſunt; *Iulianus verum debitorem poſt litem conteſtatam manente iudicio negabat ſolventem repetere poſſe: quia nec abſolutus, nec condemnatus repetere poſſet*. Quis hic nec abſolutus, nec condemnatus? Nempe is de quo propoſitio præceſſerat, cuius propoſitionis probandæ cauſſa hæc ratio ſubiicitur: verus debitor ſcilicet. Quod ſi de omni reo ſuperiora ſcripta eſſent, ita loqui oportuiſſet, quia nec abſolu-

ſolutus quis, nec condemnatus repetere poſſet. Nunc autem ſimpliciter dicitur ſine adiectione ullius novæ perſonæ, *quia nec abſolutus, nec condemnatus repetere poſſet*. Prohibet præterea ratio altera Pauli ſubiecta. *Licet enim*, inquit, *abſolutus ſit* (ubi rurſum abſolutum de eodem dicit, de quo prius locutus erat) *natura tamen debitor permanet*. Nemo permanet debitor, poſt rem iudicatam, niſi qui ante verus debitor fuit. Dici autem ante fuiſſe is poteſt, quem ante talem eſſe conſtitit. Et qui idem nondum abſolutus ſolvit. Quia enim cum ſolvebat, non habebat exceptionem rei iudicatæ, non poteſt ei quanvis abſoluto poſtea exceptio rei iudicatæ ſic acquiri, ut actori obſtet dicenti in præteritum eum qui ſolvebat, tunc verum debitorem fuiſſe. At hoc de eo, qui abſolutus ſolvit, dici in univerſum non poteſt, ut hic videmus generalem eſſe orationem. Quid enim, an neceſſe eſt omnem reum qui abſolutus eſt, ante rem iudicatam debitorem fuiſſe, ut ſic dicatur & poſtea debitor permanere? Et an non poteſt quis iure abſolvi, quia vere non debuerit? Plus dicimus; de eo qui abſolutus eſt, ante rem iudicatam debitorem fuiſſe, dici omnino non poſſe, hunc natura debitorem permanere. Quomodo enim permanere debitorem dixeris, niſi ante probetur debitor fuiſſe? At neque de eo conſtitit prius, cum fuerit abſolutus; & iam effectum eſt, id deinceps probari non poſse adverſus eum, adverſus quem propter exceptionem rei iudicatæ illi partam nihil quæratur amplius, quam an iudicatum ſit. *d. L. poſt rem, D. de re iud.* Sic fit omnino, ut quanvis hic centum obiectiones ſtarent adverſus ſententiam Pauli initio poſitam in *d. L. Iulianus*. Tamen utraque ratio ſubiecta ita ſcripta & concepta ſit, ut non poſſit ad alium, quam ad verum debitorem referri, & eum qui pendente iudicio ſolverit.

XIII. Nunc de obiectione reſpondebo. Non eſt verum, cur propter eam obiectionem mutemus ſuperiorem ſententiam, vel ſi per verba Pauli liceret. Ait Iuſtinianus in *d. §. ult. de perp. & temp. act.* eum qui ſatisfecit actori pendente iudicio, abſolvi, non condemnari debere. Nihil hoc ad eum debitorem, de quo nunc agimus. Solvit is quidem primo, ſed non ſatisfecit, quia non vult hanc ſolutionem ratam eſse, ſed ſolutum ut indebitum revocat. Unde quæſitum, an poſſit repetere. Præterea quod dicitur, eum qui pendente iudicio ſatisfecit actori, abſolvi debere; ſic intelligendum eſt, si modo hanc ſolutionem alleget iudici, & eo nomine poſtulet ſe abſolvi. Quod si nihil alleget huiuſmodi, & litem proſequens velit ſententiam ferri, ut accidere ſolet his qui pecunias ita ſolutas cupiunt repetere: dubitandum non eſt, quin ut abſolvi poteſt a iudice, sic poſſit & condemnari, si cauſſa poſtulare videbitur. Eſt enim officium iudicis, non divinare quæ geſta ſunt inter litigatores, quod nec poteſt, ſed fidem eorum, quæ in lite probata ſunt, ſequi. *L. illicitas, §. veritas, D. de off. præſ.* Stet igitur hæc ſententia, in *L. Iulianus*, 60. *de cond. ind.* non modo repetitionem ſoluti non denegari ei, qui ſolvit iam abſolutus, ſed maxime hanc repetitionem illi confirmari; cum eo reſponſo hæc repetitio ſolum adimatur ei, qui verus debitor cum eſset, etiam pendente iudicio ſolvit. Quo tempore ut abſolutus non erat, ſic nec exceptionem rei iudicatæ habuit. Quæ omnia certa ſunt in eo, qui abſolutus ſolvit; ut qui nec ante convictus fuerit debuiſse, & poſt rem iudicatam nactus ſit eam exceptionem, qua fit, ut nec debeat in præſentia, nec probari poſſit in præteritum debuiſse.

XIV. Summa ſit de indebito, quod plane non debeatur, de quo nunc quærimus: re indebitum eſſe id cuius ſoluti nomine non ſit repetitio, non id tantum, quod quis nullo iure debeat, ſed etiam quod ita debeat iure civili, ut propter aliquam exceptionem perpetuam, quam habeat, peti non poſſit. *d. L. ſi non ſortem, §. interdum, de cond. ind.* Proinde qui hanc habeat, per errorem ſolutum repetere poſſe. *d. L. qui exceptionem, eod.* præterquam si exceptio erit pœnæ cauſſa, ſeu in odium creditoris cauſſa conſtituta. *L. ſi pœnæ*, in pr. *d. L. qui exceptionem, eod.* Scilicet quia qui eiuſmodi exceptionem habet, debet natura. Quod genus debiti ſufficit ad inhibendam indebiti condictionem. *d. L. ſi pœnæ, eod. L. ſed ſi*, in fin. & ſeq. *D. de ſen. Mac.* Huius generis exceptionem eſſe ſenatuſconſulti Macedoniani. *d. L. qui exceptionem. d. L. ſed ſi* in fin. Mihi unam hanc occurrere huius generis. Cæteras perpetuas in ea cauſſa eſse videri, ut quoniam ſint ſolum comparatæ reorum cauſa, non in odium creditoris, ſi quis unam aliquam ex his habeat, & per errorem ſolverit, poſſit ſolutum repetere. In eo numero maxime præter cæteras haberi debere duas, quæ magno & certo errore excipiuntur vulgo ab interpretibus, exceptionem doli mali, & exceptionem rei iudicatæ. Quod de

utra-

Digitized by Google

utraque non dubiis argumentis planum fecimus.

XV. Illud hoc loco monendi ſumus, iſtius generis perpetuas exceptiones habendas eſſe, non tantum quæ competunt ad plenam liberationem obligationis, ſed etiam quæ ſunt ad rei debitæ perpetuam retentionem, quandiu non præſtetur reo, quod illi in ea re a creditore ante traditionem præſtari debuit. Unde & in his receptum eſt, ut ſi reus, omiſſa per errorem huius præſtationis quæſtione, rem debitam ſolvat, poſſit rem condicere quaſi non eo modo debitam, ut ſolvit, ut ſibi præſtetur illud, quod prius præſtari debuerat. Exempla hæc ſunt. Cum fundum ex cauſsa venditionis ita deberem, ut in tradendo deberem prius excipere iter, liberum & non impoſita ſervitute fundum per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur. *L. ſed etſi*, 22. §. *ult. D. de cond. ind. d. L. ſi tibi*, 8. *D. de act. empt.* Cnndicam, nempe fundum, quem non debui liberum, & quem per exceptionem retinere potui, donec mihi iter exceptum eſset. Condicam incerti, id eſt condictione indebiti, quæ & ipſa in hac ſpecie incerti eſt. Poteſt enim emptor conventus fundum retradere venditori, ut ſervitutem imponat Poteſt etiam ipſe emptnr imponere, ut venditori citius ſatisſaciat. Utrum autem horum faciat, incertum. Et ut horum nihil præſtet, quod & ipſum fieri poteſt; tamen res ad eandem incertitudinem redit. Nulla enim hic adverſus non præſtantem alia condemnatio eſt, quam in id quod intereſt, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *L. ſi quis ab alio*, in fin. *D. de re ind.* Eius autem quod intereſt, æſtimatio incerta, *d. L. ſi quis ab alio.* in pr. *L. ſi pœnam* 68. *D. de verb. obl.* Eſt & in hac ſpecie actio ex vendito. *L. ſi binarum*, *D. de ſervit. urb. præd.* Differunt tamen horum actionum intentiones. Nam ex vendito in id competere videtur, ut emptor ipſe ſervitutem imponat, quod illum ex bona fide præſtare oportet Condictio repetit ipſum fundum ad ſervitutem ab ipſo venditore imponendam. Aliud exemplum: Heres cum fideicommiſsum deberet ita, ut ſatiſdationem a fideicommiſsario exigere poſset, & ut Marcianus loquitur, a fideicommiſsario poſset ſibi cavere, cautione non exacta, fideicommiſsum ſolvit. Reſcriptum eſt eum quaſi indebitum plus debito ſolutum repetere poſse, ut ei caveatur. *L. ſi quis cum*, 39. *D. de cond. ind.* In bac cauſsa fideicommiſsum eſse ſolet, cum legata quædam teſtamento relicta ſunt ſub conditione, quorum conditio ſi exsiſtat, futurum ſit, ut legata dodrantem excedant. Hic si quædam pure relicta sint, præſtantur illa quidem præſenti die; ſed propter metum futuri periculi cautione prius a legatario exacta, ſore, ut quod amplius, quam per legem Falcidiam licet, legatarius ceperit, id ſe reſtituturum. *L. is cui*, *D. ad leg. Falc. L.* 1. *D. ſi cui plus quam per leg. Falc. lic.* Eiuſdem rei exemplum & hoc, si is qui hereditatem vendit, & emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit. Ubi placuit etiam venditorem repetere traditum per condictionem poſse, quasi plus debito ſnlutum. *L. ſi is qui*, 45. *D. de cond. ind.* Habuit enim venditor ab initio huius debiti exactionem per hereditatis retentionem. *L.* 2. §. *ult. D. de her. vel. act. vend.* Aliud eiuſdem rei Heres qui inſulam legatam, eandemque exuſtam ante diem legati cedentem ſuis ſumptibus refecerat, eam ſumptibus non deductis reſtituir. Viſum eſt hunc quoque poſſe incerti condicere (nempe inſulam, ut ſumptus retineat) quasi plus debito dederit. *d. L. qui exceptionem*, 40. §. 1. *D. de cond. ind.* At enim inſulam omnino debebat heres. Quinimmo & ſolum fuit legatarii, & quod ſolo impoſitum eſt, ſoli conditionem ſequitur. *L. Paulus*, §. *domus*, *D. de pignor. L. ſi rem*, §. *aream*, *D. de ſolut.* Sed hac lege debuit heres reſtituere, si sibi impenſæ refecti operis præſtarentur; ut hoc minus debere videatur. Et hoc de herede recte reſpondetur in area legata ante diem legati cedentem ædificante, quia tantiſper ædificat in ſua. Sic enim verum eſt fideicommiſſarium & aream & ædificium in ea poſitum ab herede obligato accipere. Diverſum [3] eſt, ſi quis cum in aliena area ædificaſſet, eam reſtituat non deductis impenſis. Negat Iulianus hic condictionem locum habere in *L. ſi in area*, *D. de cond. ind.* hac ratione, quod qui non debitam pecuniam ſolvit, hoc ipſo aliquid negotii gerit. Qui autem ædificium in area ſua ab alin poſitum occupat, nullum negotium contrahit. Quippe ædificium ab area ſua accipit, non a poſseſsore. *L. ſi quis ſciens*, *C. de rei vind.*

CAP.

3) Aliter Cuiac. 8. *ad Afric. in L.* 30. *de Act. Em.* Ex quibus cauſſis retentionem vel deductionem ipſo iure habemus, actionem non habemus, ea ſoluta certi condicimus *d. L.* 30. *L.* 5. §. *ult. de imp. in res dot.* Ex quibus vero non ipſo iure, ſed oppoſita exceptione doli ea certi non condicimus *L.* 53. *L.* 51. *h. t.* incerti condicere poſſeſſionem poſſumus *d. L.* 40. §. 1. Male & reſiſtit *d. L.* 51. *L.* 98. §. 4. *de Sol. L.* 11. *C. de R. V.* Aliter Pac. 4. *Quæſt.* 8.

C A P. XIII.

Etiam a perſonis eorum, inter quos res agitur, indebitum dici quod per ſe vere debitum, tamen aut non debetur, ei cui ſolvitur, aut non debet qui ſolvit: Atque hinc quoque ſoluti repetitionem eſſe: Qua conditione.

Debitum æſtimari non re tantum, ſed etiam ex dantis & accipientis perſonis. I.
Solutum ei cui non debeatur, licet re debitum, poteſt ab eo repeti. II.
An eius quod creditor ab eo, qui non debebat, recepit, ſit tamquam indebiti repetitio. III.
Proponitur antinomia, ut vocant L. ſi pœnæ 19. §. 1. *cum* L. repetitio 44. D. de condict. indeb. & *cum* L. de hereditate cod. de petit. hered. IV.
Quorumdam improbatur conciliatio. V.
Præfertur Accurſii & Bartoli diſtinctio. Hæc ratione & auctoritate defenditur & illuſtratur. VI.
Item conciliationi ſuperiorum LL. commodiſſima demonſtratur. VII.

I. Atque hæc debiti & indebiti definitio eſt, ſi quidem hoc ſolum quæritur, quod re ipſa debitum eſt, ut debeatur ab aliquo alteri, aut re indebitum, ut debeatur a nullo. Sed, ut propoſui, non ex re ipſa ſolum, verum etiam ex perſonis dantis & accipientis debitum & indebitum æſtimandum eſt. Et hoc eſt. Cum quid vere debebitur, ſiquidem etiam debitum fuerit ei, cui ſolvitur, & debitum ſimul ab eo, qui ſolvit: tum erit, quod ſolvitur omni ex parte debitum; tum etiam ſoluti inhibebitur repetitio, tanquam vere debiti ſoluti. Sin quid debebitur quidem re vera, ſed aut non ei, cui ſolvitur, aut non ab eo, qui ſolvit, placet indebitum ſolutum videri, eiuſque per errorem ſoluti non minus eſſe repetitionem. *L. in ſumma*, 65. §. *ult. D. de cond. ind.*

II. Et illud quidem dubitationem non habet, quin ſi ei cui ſolvitur, non debetur, poſſit repetere is, qui dedit, quanvis re vera debuerit. Finge debitorem ei ſolvere, quem creditoris ſui heredem putabat, aut ei, quem putabat creditoris procuratorem. Etſi ſolvit is, qui debuit; tamen huic non debuit. Quam etiam ob cauſam nulla eſſe poteſt ei qui accepit, ad retinendam pecuniam ſine cauſſa acceptam defenſio.

III. Alterum illud incidit in dubitationem, ſi quis recipiat ſibi debitum, ſed ſolvente per errorem eo, qui non debeat, quæriturque, an ſit etiam hoc caſu ſoluti tanquam indebiti condictio: Veluti ſi quis heredem ſe falſo exiſtimans, ſolverit creditoribus hereditariis.

IV. Dubitationem loci in ſpeciem diſſidentes faciunt. Nam & hic condictionem eſſe generalis definitio eſt in *d. L. in ſumma*, 65. §. *ult. D. eod.* Et nominatim traditur in hac ipſa ſpecie in *L. ſi pœnæ*, 19. §. 1. *eod.* Negat, ut videtur *L. repetitio*, 44. *eod. L. de hereditate, C. de pet. her.* Et quo magis hos locos contrarios eſſe putemus, ſpeciem habent iiſdem verbis conceptam; & tamen in hac ipſa ut videtur, contrarias definitiones. Nam in *L. ſi pœnæ*, §. 1. Sic definitio eſt. *Quanvis debitum, ſibi quis recipiat, tamen ſi is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Veluti, ſi quis heredem ſe vel bonorum poſſeſſorem falſo exiſtimans creditori hereditario ſolverit. In *L. repetitio* contra definitio in hæc verba; *repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit*; tametſi ab alio, quam a vero debitore ſolutum eſt.

V. Neque nunc eo quis confugiat ad hæc concilianda, ut [1] quidam, ut dicat hoc poſterius dictum eſſe de eo, qui quod ſuum eſt omni ex parte, recipit; prius autem de eo, qui recipit tantum ſibi debitum. Suum enim recipere maxime proprie dicitur, ille quidem, qui rem dominii iure ſuam recipit, ſed non minus & ille dicitur, etſi minus proprie, qui ſibi debitum recipit. Cum autem de debito agitur, quod fit in poſteriore quoque definitione, ut ſoluti verbum indicat: non aliud valet ſuum, quam ſibi debitum. Diciturque creditor ſuum recipere eadem forma, qua ſuum perſequi, ſuum obtinere, ad ſuum pervenire: omnia

1) Tilem. Stella (quem refellit Zaſius ut notat. *in d. L.* 44. Goth.) Gilb. Reg. 1. *Enant.* 12. anaphorice ſcribens rem propriam deberi & ſolvi, & P. Grangian. *Paradoxis.* 19. quod refellunt Lopez. *d. C.* 13. Charond. *d. C.* 15.

mnia de eo qnod ei debetur, ut alias monui. *L. cum duobus*, 52. §. *idem reſpondit*, *D. pro ſoc. L.* 6. §. *apud. D. quæ in fraud. cred. L.* 1. *D. de eo quod cert. loc. L. ſi non ſortem*, 26. §. *libertus*, In fin. *D. de cond. ind.* Atque hanc eſſe ſententiam ſuperioris definitionis ſequentia evidenter oſtendunt, quibus declaratur agi de eo, quod ſolutum eſt, & ſolutum ab alio quam a vero debitore. Non ſolvitur, niſi quod debetur, & ſi fuit debitor aliquis rei ſolutæ, utique & ea res debita fuit. Quoque minus dubitemus ita eam definitionem accipi debere, extat eadem iiſdem verbis concepta in *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* Sed nominatim relata ad creditores; qui certe aliud recipere non potuerunt, quam ſibi debitum. Sic enim verba ſunt: *nam repeti a creditoribus qui ſuum receperunt, non poteſt.*

VI. Quid ergo eſt? Et recte Accurſius itemque Bartolus hac diſtinctione rem èxplicant, ut qui non debitum dat, repetere poſſit etiam ab eo, qui ſuum ſive ſibi debitum recepit, ſi quidem ſolvit ſuo nomine: ſin nomine debitoris, nulla ſit repetitio. At de huius ſententiæ ac diſtinctionis ratione ſi quæritur, non eſt obſcura. Non eſt enim debitum, niſi ubi duo ſunt, quorum uni debeatur, & alter debeat. Quantumvis igitur debeatur alicui pecunia: non tamen debitam ſolutam poſſis dicere, niſi is ſolvat, qui debet; aut quod proximum eſt, ſolvat debitoris nomine. Neutrum horum eſt in eo qui cum non debeat, ſolvit errans ſuo nomine, quaſi ipſe deberet. Iure ergo hunc indebitum ſolviſſe dicemus, eique eius indebiti ſoluti condictionem dabimus. Quod ſi quis nomine debitoris ſolvit, quia id facere iure poteſt, ut etiam abſentem & invitum liberet; *L. ſolutione*, 23. *L. ſolvere*, 53. *D. de ſolut.* vel hæc ipſa liberatio debitum ſolutum fuiſſe oſtendit, quaſi ſolviſſet ipſe debitor. Ut proinde hoc caſu neceſſe ſit ceſſare ſoluti condictionem adverſus eum qui ſibi debitum receperit. *L. ſi non ſortem*, 26. §. *libertus*, in fin. *D. de cond. ind.* Neque hanc definitionem quiſquam ſtultam eſſe dixerit, repeti non poſſe ab eo, qui ſibi debitum recepit, cum ei nomine debitoris ſolutum eſt, quaſi de eo nemo iuſte poſſit dubitare. Sane enim ſi quis ſciens ſe nihil debere, ultro ſolvat nomine debitoris, nulla ſit dubitatio. Sed fieri poteſt, ut qui nomine debitoris ſolvit, ideo ſolvat, quia ſe ei tantundem debere exiſtimet. In quo iuſte dubites, an non poſſit repetere. Propterea quod & non debuit ipſe, & per errorem ſolvit: quæ duæ res iunctæ parere ſolent condictionem. Ergo huic dubitationi commodiſſime illa definitio ſuperior oppoſita eſt, qua generaliter definitur, nullam eſſe repetitionem ab eo qui ſibi debitum recepit, ſi quidem ei nomine debitoris ſolutum eſt, quanvis qui ſolvit, non debuerit. Scilicet ut intelligeremus, ne tum quidem, cum quis ſolvit errans debitoris nomine, eſſe a creditore repetitionem. Idque ita eſſe nominatim adducta ſuperiore dubitationis cauſſa declaratur his locis. *L. pure*, 5. §. *pen. D. de dol. & met. exc. L. ſi quis delegaverit*, 12. *D. de novat. L. ſi donaturus*, §. 1. *D. de condictio. cau. dat.* Neque tamen iſti ſolventi denegamus ſimpliciter indebiti ſoluti condictionem. Quid enim? cum is neutri debuerit neque creditori, neque debitori, & per imprudentiam eum ſolviſſe conſtet, non condiceret; & condictio indebiti per errorem ſoluti generaliter conſtituta, in hac cauſſa ceſſaret? quamobrem? Habet igitur & hic repetitionem; ſed ut repetat a debitore ipſo, cui debitum non fuit: cuius nomine ſolvendo & eum liberando, cum eius negotium geſſerit, perinde eſt, quaſi ipſi ſolviſſet. Solum enim a creditore, qui ſuum recepit, repetere poſſe negamus. Hoc in *d. L. pure*, §. *pen. de dol. mal. exc.* & *L. ſi quis delegaverit*, *D. de novat.*

VII. Conſtat igitur ſibi ipſi ſuperior diſtinctio, & auctoritate ac ratione iuris certa defenditur. Sed de eo potiſſimum nunc non agitur. Agitur de ſuperioribus locis, quos in hac re verbis diſſentientes paulo ante propoſuimus, quæriturque, quomodo his conveniat ſuperior diſtinctio, in quibus quæſtione communiter poſita de eo, qui ſuum & ſibi debitum recepit ab eo qui non debuit, de eo contraria reſpondentur, dum in aliis traditur repetitionem eſſe ab eo qui recepit; in aliis negatur. Nulla utrobique addita diſtinctione, utrum qui ſolvit, ſuo nomine ſolverit, an debitoris. Nos vero hanc ipſam diſtinctionem ex ipſis locis recte defendemus. Sic definitio eſt *L. repetitio, de cond. ind.* & *L. de hereditate*, *C. de pet. hered.* nullam repetitionem eſſe ab eo, qui ſuum recepit, quanvis non debuerit, qui ſolvit. Et ſi nihil hic adiicitur aperte de animo ſolventis, quaſi is debitoris nomine ſolverit, non ſuo: tamen hoc ipſum verba vi ſua ſatis exprimunt. Obſervandum eſt enim non ſimplici-

pliciter dici nullam eſſe repetitionem a creditore, ſed a creditore, qui ſuum recepit. Suum aut ſibi debitum recipere ſolus is proprie dicendus eſt, qui recipit aut a debitore ipſo, ut ab alio quidem, ſed [1] nomine debitoris. Nam cum ut dixi, conſtat omne debitum duorum perſona, debitoris & creditoris; ſi quid dederis creditori, in quo dando non verſetur debitor, omnino id debitum dici non poteſt: proinde nec creditor in eo ſibi debitum recepiſſe. Hæc cum ſit proprietas & ſignificatio verborum: quandiu non apparet aliud ſenſiſſe ſcriptorem, tamdiu ipſi ſignificationi ſtare debemus. *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re igitur dubia*, *D. de exercit. act.* Sed hoc tandiu, inquam, quandiu non apparet aliud ſenſiſſe ſcriptorem eum qui loquitur. Quod ſi apparet, tum recte placet ſententiam potius ſpectandam eſſe, quam verba. *d. L. non aliter*, *de leg.* 3. At hoc ita ſit in *L. ſi pœnæ*, 19. §. 1. *D. de condict. indeb.* ubi Pomponius de eo loquens, qui ſibi debitum recipit ab eo, qui non debitum dat, & adverſus eum qui recipit, indebiti condictionem dans, ſentiat de eo creditore, cui nec a debitore, nec nomine debitoris ſolvitur: proinde & de eo ſolvente, qui nec debeat ipſe, nec ſolvat nomine debitoris, ſed ſuo, quaſi ipſe debuiſſet. Intelligitur hæc ſententia primum ex eo, quod proponit ſolutum dari ab eo, qui nnn debitum dat. Non dicit non a ſe debitum, ſed generaliter non debitum. Quapropter hoc datum intelligit, quod neque ab ipſo debitum ſit, neque ab alio, cuius nomine ſolvat. Tum autem hanc ſignificationem exemplum ſubiectum & ratio exemplo addita non obſcure confirmat. Veluti, inquit, ſi is qui ſe heredem falſo exiſtimabat, creditori hereditario ſolverit. Qui talem ſe ferio exiſtimat, non poteſt in hoc errore, quin ſuo nomine ſolvat, cum ſe ſolum debitorem eſſe exiſtimet, non alium, quia ſe ſolum heredem putat. Addit; hic enim neque verus heres liberatus erit.

Non ergo profecto heredis nomine ſolutum erat. Certi enim iuris eſt, ſolvere quemque poſſe pro alio, ut eum etiam invitum liberet, nedum ignorantem. *L. ſolvere*, 53. *D. de ſol.* Quod cum Pomponium ſenſiſſe appareat, etſi fortaſſe minus proprie dixit eum creditorem, cui ita ſolutum eſt, ſibi debitum recepiſſe; tamen cognita eius ſententia, a ſignificatione propria verborum recedere, & ſententiam ſequi debemus. At enim, dicat aliquis, de eodem poſſeſſore agitur in *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* Non ita eſt. Proponitur enim illic poſſeſſor, qui bona quidem fide aliquando hereditatem poſſederat: ſed cum quo poſtea iudicio agi cœptum erat, & quidem ita, ut adverſus eum pronuntiatum eſſet. Hic quidem poſt litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit: certe de iure ſuo incipit dubitare. *L. ſed etſi*, §. *ſi ante*, *D. de her. pet.* Ac tum is incertus iuris ſui ſolvit creditoribus hereditariis bona fide: id eſt nomine hereditario: negotium videlicet hereditatis bona fide gerens, non ut prædones ſolent, ſuum: ut ſolutio cederet in rem heredis, ſive ipſe heres eſſe poſtea declararetur ſive petitor. Poteſt quidem ſolutum ſecundum verba illic ſic accipi, quaſi poſſeſſor ſolviſſet ante litem conteſtatam tum, cum adhuc ſe heredem falſo exiſtimaret, & ſolveret ſuo nomine. Sed quod dicitur poſſeſſor creditoribus hereditariis exſolviſſe bona fide, eaque conditione denegatur ei condictio, ſatis arguit de eo dici qui ſolvit nomine hereditario, cum iam de iure ſuo cœpiſſet dubitare. Bona enim fides præſtatur in alienis negotiis gerendis. *L. bona fides*, *L. quod Nerva*, *D. dep.* Sua autem quiſque proprio arbitrio gerit, utpote rei ſuæ dominus & arbiter, nulli rationem redditurus, utrum bene, an male rem geſſerit. *L. in re mandata*, *C. mand.* Sed & ratio ab Antonino illic ſubiecta ſatis hoc illum ſenſiſſe confirmat. Nam repeti, inquit, a creditoribus, qui ſuum receperunt, non poteſt. Locutus erat igitur prius de iis cre-

1) Badæ. *ad L. ult. de adil. ed.* veram pugnam ſtatuit. Sed cum Accurſio diſtinguit quoque ita Cuiac. 8. *Obſ.* 9. & 7. *ad Afric. in L.* 38. §. 2. *de ſolut. in fin.* Coſtal. *ad d. L.* 19. §. 1. Mozz. *de Cond. indeb.* C. 4. *n.* 10. Duar. *h. t.* C. 7. Pae 4. § 1. Diſſ. Charon. 2. *Verſim.* 15. quia in *dd. LL.* ait, diſtinctionis huius nulla mentio. Ideo ipſe diſtinguit aut nullo modo debuerit qui ſolvit ut *d. L.* 19. §. 1. an vero ſit utcunque debitor, ſed alius quam verus, ut *d. L.* 44. ſcilicet ſi debitor ſit principalis debitoris. Briſſ. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Delegatione p.* 306. refert *d. L.* 44. ad debitorem delegatum, ſi per errorem promiſerit vel deceptus a delegante. Tribonianum autem ſingulare thema inſcite ad regulam generalem traxiſſe. Scite Greg. Lopez. *Animadv.* C. 13. admiſſa quidem diſtinctione Accurſii quoad diſſolut. *d. L.* 10. §. 1. & *L.* 5. *C. de pet. her.* non autem quoad *d. L.* 44. quia ſi exinde decidiſſet, IC. utique expreſſiſſet, ita pugnam tollit: Aut quantitas, ex. gr. 10. a Seio debita, ſolvitur Caio creditori, a Titio, ſuo, non creditoris nomine. Hic repetitio *d. L.* 19. §. 1. & dantis, non accipientis perſona ſpectatur. Aut ſpecies, ex. gr. Davus a Seio debitus ſolutus Caio a Titio ſuo nomine. Hic deficit repetitio *d. L.* 44. Ratio differentiæ. Illic decem ſoluta & ex parte rei debitæ & accipientis reſpectu indebita ſunt; denique indebitum datum eſt ſive ſolventem ſive accipientem ſive quod ſolutum eſt reſpicias. Hic ex parte rei ſolutæ vere debitum eſt. Conſentire videtur P. Greg. ſatis aperte non eloquens 22. *Synt.* 9. Aliter & nove Mar. Lickliama *Lib.* 6. *Membran. Eclog.* 17.

creditoribus, qui ſuum receperant. Ergo de iis, quibus ſolutum erat nomine heredis, eiuſdemque debitoris, ut eſſe horum verborum propriam ſignificationem ante oſtendimus. Neque vero ab hac ſignificatione recedendum eſt, quandiu in eo reſcripto nihil urgeat, quo ſcriptorem aliud ſenſiſſe probetur.

C A P. X I V.

Indebitum per errorem ſolvi oportere, ut ſit ſoluti repetitio: Item per errorem facti, non iuris. Cur hæc? Et quis in hac repetitione error facti, quis iuris.

Indebitum repeti, ſi fuerit per errorem ſolutum. I.
Ideo qui ſolvit ſciens, non repetit. Sciens ab ignorante quid differat. II.
Niſi tamen id actum, ut ſi error appareat, repetatur. III.
Dubitantis eadem, quæ errantis conditio in ſoluti repetitione. IV.
Errorem facti, non iuris prodeſſe ad repetitionem indebiti. V.
Contrariis occurritur. VI. VII. VIII. IX.
Iuris errorem minoribus, fœminis, militibus, ruſticis non nocere. X.
Quid ſit error facti, quid iuris error. Exempla utriuſque. XI.

I. AC de debito ac indebito ſatis. Tertium exigimus ad cauſſam ſoluti repetendi, ut indebitum ſolutum ſit per errorem.

II. Qui indebitum ſciens ſolvit, non repetit. *L. indebitum, C. de cond. ind. L.* 1. *L. index,* 28. *D. eod.* Idemque eſt, etſi indebitum ſciens tanquam debitum promiſerit. *L. ſi is qui perpetua,* 24. *D. eod.* Cur minus, qui ſciens ſolvit, quam qui ignorans; cum uterque pariter ſolvat indebitum, id eſt det ob eam cauſſam, quæ nulla eſt? Quia qui ignorans indebitum ſolvit, ideo ſolvit, quia putat ſe neceſſe habere ſolvere. Qui hac opinione eſt, aperte non vult donare. Ut enim aliquoties iam diximus, nemo in eo, quod neceſſe habet, aut ſe putat neceſſe habere facere, liberalis intelligitur. *d. L. rem legatam, D. de adim. leg.* Qui autem cum ſciat ſe non debere, id eſt nulla neceſſitate cogi ad dandum, nihilominus dat, intelligitur [1] donare, ex donati definitione. *L. Campanus, D. de op. lib. L. donari, D. de reg. iur.* Hinc regula iuris, *Cuius per errorem dati repetitio eſt, eius conſulto dati donatio eſt.* L. cuius per errorem, *D. de reg iur.* Donati porro nulla repetitio. *L. cum ancillam, L. ſi repetendi, C. de cond. ob cau. dat.* Quid tamen ſi is, qui ſciens indebitum ſolvit, hoc [2] animo ſit, ut poſtea repetat? Si nihil amplius, quam hac mente fuit, repetere non poterit. *L. quod quis,* 50. *D. de cond. ind.* Semper enim verum eſt, eum qui nullo iure cogente ſciens dat, donare intelligi. *d. L. donari, D. de reg. iur.*

III. Diverſum eſt, ſi quis ſic ſolvat indebitum, ut ſi apparuiſſet eſſe indebitum redderetur. Merito hic repetitionem locum habere reſponſum eſt *L.* 2. in pr. *D. de cond. ind* duabus de cauſſis. Primum quod hic a dubitante indebitum ſolutum eſſe apparet. Neque enim ſciens ſuperiorem conventionem interponeret: non ſolveret potius, quam pecunia ſoluta remedium quæreret. Porro ut per errorem, ita & per dubitationem ſolventi æque indebiti condictio eſt, ut mox dicetur. Deinde quod hac conventione interpoſita negotium inter dantem & accipientem geſtum eſt, ut eſt in *d. L.* 2. atque hinc actio civilis præſcriptis verbis. *L. ſolent, D. de præſcr. verb* Quod ſi fingeremus eum qui ſciens indebitum ſolvit, idem paciſci, æque huic eandem actionem ex negotio geſto competere diceremus. Nulla conditione adiecta, ut a ſciente donatio eſt, ita nec datum repeti poſſe, diſerte

[1]) *L.* 26. §. 3. *&* *L.* 62. *h. t.* Duar *h. t. C.* 3. Si ſcilicet & accipiens non deberi ſciat Quod ſi is ignoret, donatio non eſt, quæ nec fit niſi ſcienti. *L.* 18. *de reb. cred.* Tiraq. *in L.* 8. C. *de revoc. don. v. donatione largitus n.* 342 Menoch 3 *Præsumpt.* 31. Nec tamen huic condictioni locus, cum poſſit imputari actori cur ſolverit *L.* 7. §. 1. *Qui ſat. cog.* Poſſe autem repeti condictione ſine cauſſa vult Mozz. *de Cond. ind. C.* 1. *n.* 5. de quo dubito, Unde & Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 10. *& ſeqq.* regulam quod a ſciente ſolutum non condicatur, aliquot modis reſtringit: quæ tamen exceptiones fere regulæ non conveniunt, nec inſunt; & *n.* 17. *& ſeqq.* ubicunque alia quam donationis præſumptio, coniecturave capi poteſt, condictionem concedi cenſet, de quibus illum conſule.

[2]) Quia propoſitum in mente retentum nihil operatur. Ergo neceſſe eſt ut mentem iſtam verbis exprimat.

ferte ſcriptum eſt in *L. ſi repetendi*, *C. de cond. ob cau. dat.*

IV. Et quoniam de errante definitio iuris ſuperior concepta eſt, quæſtio hinc nata de eo, qui dubitans indebitum ſolvit; quod paulo ante attigimus. Neque enim qui de debito dubitat, continuo errat. Is errare proprie dicitur, qui ita ignorat, an ſit debitum; necne, ut certo ſibi perſuadeat debitum eſse. Dubitare autem poteſt is, qui putet eſse debitum, ſed tamen an ſit debitum certo, neſciat. Quo fiat, ut veritus ne ſit debitum, malit ſolvere. Quæritur igitur, an quæ erranti tribuitur indebiti condictio, eadem danda ſit & per dubitationem ſolventi. Et placuit dandam. Cautum Iuſtiniani conſtitutione, in 3 *L. ult. C. de cond. ind.* Nec difficile fuit id ex vetere iure ſumere, & colligere ex verbo erroris per comparationem maiorum. Nam qui credens ſe debere ſolvit, omnino hoc animo eſt, ne repetat, ut hoc animo inſpecto nulla poſſit ei eſse repetitio. Qui autem dubitans ſolvit, qua parte cogitat fieri poſse, ut ſit indebitum, ſaltem hac parte hoc animo eſt, ut repetat, ſi poſtea re diligentius quæſita, compertum erit non deberi. Quare ſi erranti nihilominus repetitio datur, multo magis danda eſt dubitanti, cui animus ſuus minus obſtat ad repetitionem.

V. Non eſt ſatis ad repetitionem ſoluti, indebitum ſolutum eſſe per errorem. Quartum exigimus, ut ſolutum ſit per errorem 4 facti. Quod per errorem & ignorantiam iuris ſolutum eſt, repeti non poteſt, non magis quam ſi quis ſciens ſolverit. Scio aliter docere vulgo interpretes ad §. *is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* ad *L. cum quis*, *C. de iur. & fac. ign.* & aliis locis, ubi occaſio incidit. Sed & hic manifeſtus error eſt, recte notatus noſtra ætate primum ab 5 Eguinario Barone ad *d.* §. *is quoque*. ut monui ſupra *Lib.* I. *Cap.* 21. qua parte errorem iuris etiam in damnis nocere oſtendi. Sed quia illic attigi brevius diſputationi tum inſtitutæ ſerviens; nunc ubi de hac ſpecie ex profeſſo agitur, de eo dicam paulo fuſius, ne quid dubitationis adverſus hunc errorem relinquatur. Prodita vero eſt, ut & illic ſcripſi, hæc erroris diſtinctio in repetitione indebiti ſoluti tam apertis locis, ut de alia quavis ſententia potius, quam de hac liceat dubitare. Mitto *L. ſi per ignorantiam*, *L. fideicommiſſum*, *C. de cond. ind.* quibus in locis repetitio indebiti ſoluti nominatim datur hac conditione, ſi ſolutum ſit per errorem facti. Qua conditione deficiente ſatis intelligitur repetitionem denegari. Sed poſſunt excogitari rationes, quibus in ſpeciem dicatur idem probandum eſſe etiam in errore iuris: quando nihil aperte contra de eo illic expreſſum eſt. At ne qua hic eſſet tergiverſatio, ſunt alii loci, quibus comprehenſum eſt de utroque errore diſerte, non ſolum ut dicatur eſſe ſoluti repetitio, ſi quis ſolverit per ignorantiam facti; ſed etiam ſi quis ius ignorans ſolverit, nominatim denegetur. Loci hi ſunt. *L. cum quis*, *C. de iur. & fac. ignor.* *L. error*, *C. ad leg. Falc.* *L. regula*, §. *pen.* in fin. *D. de iur. & fac. ignor.*

VI. Quid autem adfertur contra, cur id non placeat de errore iuris? Primum moventur vulgo iis locis, in quibus ex profeſſo regula traditur de repetitione indebiti, qui ſimpliciter & generaliter ita ſcripti ſunt. Indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe. *d.* §. *is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* *L.* 1. *C. de cond. ind.* *L.* 1. *L. qui exceptionem*, 40. *D. eod.* Auget dubitationem, quod in toto *Titulo Digeſtorum de condictione*, qui uni huic repetitioni explicandæ deſtinatus eſt ex profeſſo, quanvis ſit prolixus, nuſquam tamen ſit mentio erroris facti, ut huic tribuatur repetitio, aut erroris iuris, ut huic denegetur: ſed ubique ſimpliciter tribuitur errori, ſeu erranti & ignoranti. Sic ergo ratiocinantur: Quoties lex ſcripta eſt generaliter, nec ſpeciem ullam vel perſonarum vel rerum exprimit, ad quam referatur, præcipitur ita accipiendam eſſe, ut ſcripta eſt, ideſt ita ut nullæ ſpecies ex eo genere excipiantur. *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. cau.* *L. item veniunt*, §. *petitam*, verſ. *a quo*, *D. de her. pet.* *L. ſi ſervitus*, *D. de ſervit urb. præd.* Poſuimus autem ius de repetitione ſoluti

3) Ubi ratio dubitandi expreſſa, quia videtur præſumenda tranſactio, quæ eſt de re dubia. Ratio decidendi, quia nec dubitans habet animum donandi, nec præſumi poteſt tranſactio, quæ nullo retento vel promiſſo non procedit. Duar. *h. t.* C. 3. *fol.* 903. add. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 4. Ubi *n.* 12. idem eſſe in eo qui dolo inductus & perſuaſus ſolverit ex *L.* 25. *infr. Pr. de probat.* verbis: *quod per dolum accipientis, vel inſtam ignorantiæ cauſſam.*

4) Etiam proprii *L. ſed etſi* 12. *Pr. h. t.* Vaſq. C. 63. *n.* 3. Pac. 4. q. 2.

5) DD. vulgo & cum iis Zaſ. *in Rub. h. t. n.* 6. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 5. *&* *n.* 33. diſtinctionem iuris & facti erroris admittunt in indebito civiliter tantum, debito autem naturaliter. Volunt enim naturalis debiti, facti errore ſoluti, repetitionem eſſe. Quod & refellunt Duar. *h. t. Cap.* 3. P. Fab. ad *L.* 53. *de R. I.* Vital. 2. *Var. Lect.* 22. Rob. 1. *Sent.* 6. probans nec naturale debitum ex quacunque ignorantia, repeti, quia hæc condictio provenit ab æquitate naturali, ut quod alterius apud alterum ſine cauſſa eſt, revocetur. Habita autem naturalis æquitatis ratione non eſt ſine cauſſa apud alterum, quod natura debitum fuit. *L.* 1. *de pact. &c.* & C. *ſeq.* 7. DD. rationes expendit ac refellit. Add. Fachin. 8. *Contr.* 106. *&* 10. *contra* 11.

ita ſcriptum eſſe, ut tribuat repetitionem omnibus qui per errorem ſolverunt, nec diſtinguitur, quo errore, facti, an iuris. Quocirca utrumque errorem comprehenſum eſſe, & dare ſoluti repetitionem intelligere debemus.

VII. Adverſus hanc obiectionem duæ ſunt defenſiones certæ, eædemque non admodum intellectu difficiles, ſi quis modo attendere voluerit. Una hæc expedita. Superioribus locis, qui ab iſtis proferuntur, nihil diſtinguitur de errore. Ita eſt: ſed aliis locis & diſtinguitur, & diſerte de errore iuris expreſſum eſt, quod per hunc errorem ſolutum ſit, repeti non poſſe. Hos igitur ut ad interpretationem aliorum, & ad exceptionem erroris iuris poſitos, id eſt ut certos minimeque dubios ſequi debemus, & ſecundum hos generalitatem, id eſt ambiguitatem aut incertitudinem aliorum interpretari. Id facere iubemur duobus præceptis iuris notiſſimis. Adverſus quæ manifeſte ſe facere declarant interpretes, cum eos alteros & eos ſpeciales locos non ſunt ſecuti. Unum hoc eſt: incivile eſſe niſi tota lege perſpecta, una aliqua particula propoſita iudicare vel reſpondere. *L. incivile, D. de legib.* At totum hoc corpus iuris civilis, quo utimur, una quodam modo lex eſt Iuſtiniani: qui teſtatur ſe omnia hic ſcripta ſua facere: *L. 1. §. omnia. L. 2. §. tanto, C. de vet. iur. enucl.* Eſt igitur incivile & contra hanc legem ex quibuſdam locis iudicare & pronuntiare in univerſum de tota hac repetitione, omiſſis aliis in quibus certo adiicitur aliquid vel detrahitur. Alterum præceptum eſt huc maxime pertinens, quo monemur, in toto iure generi per ſpeciem derogari, & id potiſſimum haberi, quod ad ſpeciem directum eſt, *L. in toto iure, D. de reg. iur.* Id ad hunc locum ita pertinet. Quibuſdam locis definitur, quod per errorem ſolutum eſt, repeti poſſe. Generaliter hoc quidem per errorem: ſed nihil amplius. At aliis locis certis excipitur ex eo genere error iuris, dum nominatim ita traditur, quod hoc errore ſolutum eſt, non poſſe repeti. Quapropter quod ad hanc ſpeciem erroris directum eſt, id potius haberi oportuit.

VIII. Altera defenſio eſt non minus certa & expedita. Etiamſi ubique definiretur generaliter, ſolutum per errorem repeti poſſe, nec uſquam exprimeretur in hac ſpecie repetitionis de eo quod ſolutum eſt errore iuris: tamen verbo ſolo erroris intelligere debemus errorem facti, non iuris. Et vero ita accipere oportet, quoties in iure generaliter occurrit verbum erroris. In quo hæc ratio eſt iuris certi; quia ſcilicet error iuris pro errore non habetur: ſeu, qui iuris imperiti id ius ignorant, & per hanc ignorantiam in eo errant putantes id ius eſſe, quod non eſt, perinde habentur ut ipſis noceat, quaſi ſcirent, nec errarent. Denique in eadem cauſſa ſunt cum his, qui ſciunt. Argumento hæc ſunt. Opponuntur ſtulti errantibus diſerte in *L. regula, §. pen.* in fin. *D. de iur. & fac. ignor. Sciant*, aiunt Imperatores, *ignorantiam facti, non iuris prodeſſe; nec ſtultis ſuccurri ſolere, ſed errantibus.* Stulti igitur errantes non ſunt, cum his opponantur. Stultos autem illic reſcriptum vocat, quos prius dixerat imperitia iuris lapſos. Traditur etiam in *L. 4. D. quod vi aut clam.* Non debere melioris conditionis eſſe ſtultos, quam peritos. Quod plane id ipſum eſt, quod propoſuimus. Stultos enim iam ante diximus intelligi imperitos iuris. Idque non difficile eſt intelligi ex antitheſi ſuperioris ſententiæ. Præterea ſcimus edictum *quod metus cauſſa*, generaliter ſcriptum eſſe de metu, in hæc verba, *Quod metus cauſſa geſtum erit, ratum non habebo.* L. 1. *D. quod met. cau.* Et tamen a veteribus conſtanter edictum ſic acceptum eſt, ut non putaretur pertinere ad vanum & non iuſtum metum. *L. 5. L. 6. D. quod met. cau.* Hac ratione, quæ regula iuris comprehenſa eſt, quia vani timoris non iuſta excuſatio eſt. *L. vani, D. de reg. iur.* Id multo iuſtius de errore iuris dixerimus, ut cum ſcilicet alicubi ita ius ſcriptum erit generaliter, ratum non habendum, quod per errorem ſolutum eſt, non pertineat ad vanum errorem, qualis eſt error iuris; quoniam huius erroris multo minus iuſta ſit excuſatio, quam vani metus. Nam ſtultum metum plerumque adfert infirmitas naturæ: iuris ignorantia uni ſtultitiæ noſtræ & perverſitati adſcribenda eſt. Cuius rei ratio expoſita rem omnem expediet, & quam recte in hac re ab errore facti diſtinguatur, oſtendet. Iam primum hoc conſtat certi iuris ſententiam eſſe hanc, quæ traditur in *L. 2. D. de iur. & fac. ignor.* in omni parte errorem in iure non eodem loco, quo facti ignorantiam haberi debere. Adiicitur ratio differentiæ, *cum* inquit Neratius, *ius finitum & poſſit eſſe & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſimos fallat.* Ratio obſcurior fortaſſe, ſed quæ id ipſum indicet quod

quæ-

quærimus. Significat enim facti errorem iuſtam excuſationem habere: errorem iuris, nullam. Quippe excuſatione digniſſimum eſſe, si quis ignoret ea, quæ etiam prudentiſſimos fallunt. In hoc genere autem eſſe facta, eorumque interpretationem. At carere venia eum, qui ius ignoret, quod finitum, id eſt definitum ac certum eſſe poſſit, & debeat, eoque & quæsitum ſtatim ſciri. Sed quoniam dici poteſt ius poſſe eſſe finitum & debere, ſed tamen non eſſe, eoque etiam nunc locum eſſe veniæ, ſi quis id ignoret: addamus, quod ſit certius ad omnem excuſationem hic præcidendam. Hoc ergo dicimus amplius quodcumque eſt, & qualecumque id ius publicum, quod conſtitutum eſt, & quo utimur, tale eſſe, ut nulli permittatur id ignorare. Cautum in *L. pen. C. de iur. & fac. ignor. L. leges ſacratiſſimæ, C. de legib.* Quod quidem nihil aliud eſt, quam ſi quis ignoret, nullo iure ſe poſſe in ea re tueri. Neque iniquum quiſquam putet, hanc cognitionem ab omnibus exigi. Nam ut eſt in *L. in bonorum. D. de bonor. poſſeſſ.* non exigitur hic ſcientia iuris, qualis ſit in iuris prudentibus: ſed qualem homines communi ſenſu præditi conſequi poſſunt aut per ſe, aut conſulendo prudentiores. Hoc quidem poſterius omnes poſſunt præſtare, & cum de ſolutione agitur, non ante ſolvere, quam consilio prudentiorum ſint uſi. Si non fecerunt, & ita in errore iuris manentes ſolverunt perperam, aperte ipſorum culpa eſt. Proinde error nec iuſtus nec probabilis. Atque hoc modo de generalitate eorum locorum, qui de hae repetitione ſcripti ſunt, abunde ſatisfactum puto.

IX. Sed præcipue vulgo ſe moveri oſtendunt duabus ſententiis Papiniani, quæ videntur erranti in iure repetitionem ſoluti dare. De quibus reſpondebo ordine. Sed brevius, ac tantum quia neceſſe eſt attingi hoc loco. Nam & ante de his reſpondimus non ſolum eodem illo *Cap.* 21. *Lib.* 1. ſed etiam eiuſdem *Lib. Cap.* 22. ubi quis eſſet ſenſus earum definitionum, & quibus in cauſſis locum haberent, copioſe quod ſatis ſit, oſtendi. Una ergo ſententia eſt in *L. iuris ignorantia, D. de iur. & fac. ignor.* his verbis, *iuris ignorantia ſuum petentibus non nocet*. De hac vero ſententia ſatis eſt hoc loco moneri idem, quod illo *Cap.* 21. diximus, non pertinere eam ad condictionem indebiti: quoniam qui indebitum repetit, non petit ſuum, ſed alienum. Qui enim aliquid ſolvit, is dominium transfert in accipientem; quo translato ſimul ipſe dominus eſſe deſinit. *L. dominus, 53. D. de cond. ind.* Eiuſque rei certiſſimum argumentum eſt, quod indebiti repetendi cauſſa datur condictio indebiti. §. *is quoque, Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* Nemo rem ſuam condicit, præterquam a fure, aut malæ fidei poſſeſſore. *L. ult. D. uſ. quem. cau.* §. *ſic itaque, Inſt. de act.* Altera ſententia eſt Papiniani non admodum diſſimilis ſuperiori in *L. error.* ſeq. *D. de iur. & fac. ign.* in hæc verba: *omnibus iuris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet*. Sed & ex verbis apparet, non magis hanc ſententiam pertinere ad repetitionem indebiti, quam ſuperiorem. Qui indebitum repetit, ut maxime dicatur damnum facere rei ſuæ, ſi hanc ſolvendo transfert, nec licet repetere: nullo tamen modo dici poteſt in ea repetitione laborare de damno rei ſuæ amittendæ. Primum non de damno rei ſuæ, quia res eius eſse deſiit ſolutione, ut ante oſtendimus. Deinde ob eandem cauſſam non de damno rei amittendæ, quia non videtur rem amittere, cuius propria non fuit. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.* Sic fit ut dici poſſit laborare de damno rei olim ſuæ iam ante [6] amiſſæ. Laborare autem de damno rei ſuæ amittendæ dici non poſſit.

X. Quod tamen dicimus per errorem iuris ſolutum repeti non poſſe, ex iure communi dictum intelligendum eſt. Cæterum iure ſingulari quibuſdam perſonis tributum eſt, ut iis ius ignorare liceat, certe in his hæc ignorantia ſit excuſata, ac proinde ne iis quidem in repetitione indebiti ſoluti noceat. Quo in genere minores, fœminæ, milites, ruſtici. *L. regula, D. de iur. & fact. ignor.* de quibus & ipſis in eadem quæſtione diximus eodem *Cap.* 21. *Lib.* 1.

XI. In cæteris hoc diſcrimine erroris poſito, ut facti ignorantia det ſoluti repetitionem, iuris error non admittat: quærendum erit, quid hic per errorem facti ſolvi intelligatur, quid per errorem iuris. Quod utriuſque erroris cognitione aſſequemur. Etſi autem quid eſſet utrumque, & quibus ex rebus eſſet æſtimandum, ſatis in eadem illa quæſtione in univerſum expoſuimus, eiuſdem *Lib.* 1. *Cap.* 19. tamen quo magis id ipſum in hac ſpecie intelligatur, non abs re eſt propius utrum-

que

6) Aliter Duar. vid. *ſupra Lib.* 1. *Cap.* 21. *N.* 2. aliter Pac. 4. *q.* 5. Damnum hic non ex errore, ſed ſolutione. Quia dempto errore, ſi ſciens ſolviſſet, non ageret, nec nunc agit propter errorem, ne error iuris proſit, & actionem pariat.

que definire, quatenus indebiti ſolutioni conveniat. Licet igitur rem explicare hoc modo. Si nullum omnino factum præceſſit ad obligationem, facti error eſt, ſi quis id præceſſiſſe exiſtimat, dum tale eſſet, ut ſi præcederet, iure obligaretur. Ut ſi putet ſe debere ex ſtipulatu, ubi nulla omnino præceſſit ſtipulatio; ſi ex empto, ubi nullum omnino factum emendi. Neque hic locum habere poteſt error iuris. Quod ſi aliqua cauſſa ad eam rem præceſſit, ſed in qua aliquid obſtet obligationi, ſive quod ab initio cauſſa iure non valuit, ſive quod propter exceptionem poſtea natam non habuit effectum: hic ſic recte dicturi eſſe videmur, facti errorem hic eſſe, cum quis ignorat factum eſſe, propter quod aut obligatio non conſiſtit ab initio, aut exceptio poſtea ſecuta eſt. Contra iuris eſſe errorem, cum in eo ſcit factum eſſe, propter quod vere non debet, ſed nihilominus putat iure ſe debere, quaſi vel obligatio nata ſit ab initio, vel non ſit poſtea liberatus. Uno aut altero exemplo res plana fiet. Teſtator legavit centum ultra dodrantem. Si quidem non ultra dodrantem legata eſſent, conſtaret deberi. Nunc quia hoc intervenit, ut ultra dodrantem, ſunt indebita propter legem Falcidiam, quæ ſupra dodrantem legari vetat. *L.* 1. *D. ad leg. Falc. Inſt. de leg. Falc.* Nihilominus heres dum putat ſe ea debere, ſolvit per errorem. Comperto errore ſuo repetit. An poſſit, quæritur. Diſtinguemus hoc modo: Si aut ignoravit quantitatem patrimonii quam maiorem putavit, atque erat: aut ignoravit quantitatem legatorum, quæ putavit pauciora eſſe, quam erant re vera, & ob id credidit dodrantem hereditatis abunde ſufficere omnibus legatis; in hoc errore repetet, quia erravit in facto: ignorans videlicet id factum eſſe, propter quod non debebat, id eſt legatum eſſe ſupra dodrantem. Quod ſi ſcivit quantitatem legatorum & patrimonii, atque ita centum iſta excedere dodrantem hereditatis, & nihilominus putavit ſe iudicio teſtatoris obſtringi, ut præſtet; non repetet. Erravit enim in iure, ſciens factum eſſe, propter quod vere non debebat, nempe legatum eſſe ſupra dodrantem, & nihilominus putans iure ſe teneri: quod ſecus eſt. Hæc ſententia *L. error, C. ad leg. Falc. L. regula, §. pen. D. de iur. & fac. ignor.* Sit & hoc exemplum in exceptionibus. Diximus eum qui exceptionem perpetuam habet, per errorem ſolutum repetere poſſe. *L. qui exceptionem*, 40. *D. de cond. ind.* Hoc ſic accipimus, ſi per errorem facti ſolvit, non per errorem iuris. Quibus ergo ex notis iſta in hac re diſtinguimus? Nempe his, Si debitor ignoravit ea facta eſſe, propter quæ huiuſmodi exceptiones naſcuntur, quibus iiſdem fit, ut non debeat: repetet Erravit enim in facto. Sin ſcivit ea eſſe facta, & nihilominus putavit ſe teneri, non repetet, quia erravit in iure. Propone plenius hoc modo. Creditor pactus eſt cum debitore ſe ab eo non petiturum. Hic quæſita eſt debitori perpetua exceptio pacti conventi. Vel actore iuſiurandum deferente reus iuravit ſe non debere. Hinc exceptio perpetua iuriſiurandi reo. Vel egit quis iudicio cum debitore. Debitor abſolutus eſt. Hinc nata debitori perpetua exceptio rei iudicatæ. §. *præterea*, & duobus ſeqq. *Inſt. de except.* Atque hæ exceptiones reo ſemel quæſitæ tranſeunt etiam ad heredes eius, & fideiuſſores. *L. exceptiones quæ, D. de exc. L. ſi pactum, D. de prob.* Quod de heredibus & fideiuſſoribus ideo propono, ut facilius in his procedat quærere, ſi forte hi nihilominus ſolverint, iuriſne errore id fecerint, an facti: cum in eos maxime cadere poſſit etiam error facti, ut qui in re aliena iuſte ignorare potuerint, quid actum ſit cum defuncto. *L. qui in ius, D. de reg. iur.* Secundum hæc faciamus heredem debitoris iſtius, aut fideiuſſorem, dum ignorat ſe ſuperioribus exceptionibus liberatum, ſolvere creditori per errorem, quaſi adhuc deberet. Cognito errore ſi repetit, hæc erit diſtinctio ad ſuperiores definitiones accommodata. Si ignoravit pactum, iuſiurandum, rem iudicatam interveniſſe cum defuncto, aut principali reo, repetere poterit. Erravit enim in facto, ignorans facta eſſe ea, propter quæ exceptionem habuit re vera, id eſt iure prætorio non debuit. Quod ſi ſcivit ſuperiora omnia facta eſſe, & aut non putavit ad ſe pertinere earum rerum exceptiones, aut quæſita exceptione non putavit ideo ſe liberatum, ceſſabit repetitio. Sic enim iuris error eſt, dum ſcit facta eſſe, propter quæ vere non debuit; putat tamen iure ſe teneri.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XV.

Indebitum per errorem quanvis facti ſolutum, ex una cauſſa repeti non poſſe: Quæ hæc cauſſa, & quam rationem exceptio habet. Plures exceptiones vulgo allatas eſſe ineptiſſimas, atque adeo exceptiones non eſſe.

Solutum ex cauſſis, ex quibus lis inficiando creſcit, etiam ſi ab ignorante & per errorem, non repeti. Quæ cauſſæ eiuſmodi. I.
Contraria proponuntur. II.
Bartoli defenſio improbatur. III.
Contrariis efficaci alia via & ratione occurritur. IV. V.
Solutum per errorem ex actionibus, quæ habent dupli pœnam vel quadrupli initio conſtitutam repetitur, & quare. VI.
Alias Accurſii exceptiones non eſſe tales. VII.
Singularum cum regula *comparatione oſtenditur.* VIII.
Immo ad regulam nihil pertinere. IX.
Summa iuris de ſoluti indebiti repetitione conſtituti. X.

I. HUcuſque Iuris certi regula repetitionis ſoluti cauſſas continens. Indebitum per errorem facti ſolutum repeti poſſe. Ea cæteris in rebus perpetua unam hanc exceptionem habet, quæ traditur in *L. ea quæ, C. de cond. ind.* & *§. ult. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex contr. naſc.* Ex quibus cauſſis res petita in lite, ſeu lis ipſa creſcit per inficiationem, ex his cauſſis etiam ab ignorante indebitum ſolutum repeti non poſſe. Dicitur res petita creſcere in lite, & quod idem eſt, lis creſcere, id eſt actio, *L. litis, D. de verb. ſignifi.* cum ab initio adverſus confitentem ſimpli actio eſt: quod ſi is, cum quo agitur, inficietur, datur actio adverſus inficiantem in duplum. Ut ſic inficiatione creſcat altero tanto & res petita, & lis ſeu actio huius rei nomine competens. Id intelligimus exemplo actionis legis Aquiliæ, quæ dicitur iſto modo creſcere per inficiationem in *d. §. ult. de obl. quæ quaſ. ex contr. naſc.* Sic enim de ea actione traditum eſt in *L. inde Neratius, §. pen. D. ad leg. Aquil.* Hæc actio adverſus confitentem competit in ſimplum; adverſus negantem in duplum. Cauſſæ, in quibus lis creſcit iſto modo, ſunt tres. Actio legis Aquiliæ de damno dato, *d. L. inde, §. pen.* Actio depoſiti ex his cauſſis, ſi quid tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſſa depoſitum erit. *L. 1. §. 1. D. dep.* Actio legatorum ſeu fideicommiſſorum relictorum eccleſiæ, vel locis publicis alimoniæ pauperum deſtinatis, ut noſocomiis, orphanotrophiis, & ſimilibus. Tres has cauſſas complexus eſt Iuſtinianus uno in loco in *§. ſed furti, Inſt. de act.* Ergo quod quis ex una aliqua harum cauſſarum ſolverit confitens, quanvis indebitum ſit, & ſolutum ab ignorante, tamen non repetet ex ſuperiore exceptione. Exemplo ſit una pro omnibus actio legis Aquiliæ. Emiſit quis telum; quo tempore etiam acciderat, ut bos vicini occideretur non tamen eo ictu, ſed alieno facto. Qui emiſerat, convenitur, quaſi occidiſſet. Is forte metuens, ne ſi neget ſe debere, lis infitiatione duplicetur, maluit confiteri, & ſimplum præſtare. Deinde compertum eſt, bovem ab alio eſſe occiſum. Placet etſi minime debuerit ex his cauſſis, & per errorem facti ſolverit, nihilo tamen magis eum, quod ſolvit, [1] repetiturum.

II. Sed videntur omnia tam quæ ſunt iuris certi, quam quæ æquitatis manifeſtæ, huic ſententiæ & exceptioni reclamare. Primum generaliter traditum eſt ignorantem ſeu errorem facti nulli nocere *L. error. L. regula,* in pr. *D. de iur & fact. ignor.* Et id quidem ſumma ratione: quoniam ut ante diximus, facta etiam prudentiſſimos fallunt. Immo vero etiam factorum interpretatio. *L. 2. D. eod.* Multo magis ignota facta, quæ divinare non potuimus. Huc accedit ius conſtitutum de repetitione indebiti in omnibus aliis cauſſis. Sic enim definitio eſt ea, de qua diximus, indebitum per errorem facti ſolutum repeti poſſe. Cur excipiantur potius ſuperiores cauſſæ, in quibus lis creſcit per inficiationem?

non

1) Exc. in minore, qui habet hoc caſu reſtitutionem in integrum. Nam de huiuſmodi loquitur *L. 25. ff. de min.* ut ibi A. Faber.

non videtur ulla ratio reddi poſſe. Nam primum, non omnes iſtæ actiones ſunt ex delicto. Sed etſi ſit aliqua, ex delicto, qualis eſt actio legis Aquiliæ, tamen nihil hoc adverſus eum, qui ſolvit, ſi ipſe nihil deliquit. Nunc autem proponimus eum, qui nihil deliquit, nec quidquam debuit.

III. Nihilo magis rem expedit, quod Bartolus de hac re [a] ſcripſit ad *L. eleganter*, 23. §. *ult. D. de cond. ind.* Ait enim ideo ex his cauſſis ceſſare ſoluti ſimpli repetitionem, quia in his ſimplum ſolvatur tranſactionis cauſſa: ac quod tranſactionis cauſſa datur, licet indebitum, repeti non poſſit, ut ob cauſſam datum, quæ cauſſa tunc ſequitur, cum diſceditur a lite. *L. in ſumma*, 65. in pr. *D. de cond. ind.* Et eſt omnino vis hæc tranſactionis. At quomodo in hac ſpecie tranſactionis nomine dari intelligitur, quod ſolvitur, ut debitum? ſic enim de his cauſis traditur, indebita ex his ſoluta repeti non poſse. *d. L. ea quæ, C. de cond. ind.* & *d.* §. *ult. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Qui dat, inquit ille, ſimplum ex his cauſſis, dat ideo, ne in dupli condemnationem incidat propter inficiationem. Ex quo colligit eum ſimpli ſolutione de duplo tranſigere videri. Male colligit. Sunt enim omnia in hoc facto tranſactioni contraria. Hic qui dat ſimplum, ſolvit ut debitum. Unde dicitur debitum per errorem ſolvi. Quod tranſactionis cauſſa datur, id actor accipere non cogitur, ut tranſigat, ideſt a lite diſcedat. Conſtat enim tranſactio duorum conſenſu. *L. interpoſitas*, *L. non minorem*, *C. de tranſ.* Eſt autem contra conſenſum cogi quidquam invitum accipere. *L. ſicut. C. de obl. & act.* At in propoſito cum ſimplum ſolvitur ex ſuperioribus cauſſis, cogitur actor id accipere. Solvitur enim illi, quod debetur: ac ſolutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* Præterea nulla tranſactio eſt, ubi totum ſolvitur, quod debetur aut petitur; ſed cum actor ita quid accipit, ut partem remittat eius, quod petit; vel ita remittit totum, ut aliud accipiat. *L. tranſactio nullo*, *C. de tranſ.* At hic qui ſimplum ſolvit ab initio, ſolvit totum quod petitur, & debetur; nam actio adverſus confitentem non eſt niſi in ſimplum. Quare quod ex his cauſſis ſolvitur, nullo modo tranſactionis cauſſa dari, aut valere intelligi poteſt. Ita manet etiam nunc eadem difficultas, quæ ſupra, quæ efficit etiam in his cauſſis repetitionem ſoluti dari debere ei, qui indebitum per errorem facti ſolvit, itidem, ut in cæteris cauſſis omnibus: quod hic negamus.

IV. Et ut de eo iam reſpondeam, nulla eſset plane ratio huius exceptionis defendendæ, & non poſset non eſse iniquiſsima, ac contra ius manifeſtum, si quod ſolvitur ex his cauſſis a confitente, omnino eſset indebitum. Sed quod hic ab initio indebitum fuit ante confeſſionem, lex poſt confeſſionem debitum facit. Qua & ipſa de cauſſa ſolutum non repetitur, ut vere debitum ſolutum. Animadvertendum eſt enim in iſtis cauſſis, de quibus ſuperior exceptio concepta eſt, actionem in ſimplum dari non in delinquentem, eumve qui prius debuiſſet, ſed in confitentem, *d. L. inde*, §. *pen ad leg. Aquil.* Ergo in confitentem ſive deliquerit, ſive non deliquerit, ſive depoſitum acceperit, ſive non acceperit, ſive legitum eccleſiæ relictum debeat, ſive non debeat. His vero verbis efficitur debitum a confitente, quod prius ab illo debitum non erat. Declarat definitio debiti. Id enim maxime debitum eſt, quod quavis actione iure conſtituta peti & ab invito exigi poteſt. *L.* 1. §.pen. & ult. *D. de pec. conſt. L. debitor*, *D. de verb. ſignif.* Iam vero in his cauſſis cum quis agnovit debitum confeſſione, etiamſi prius non debuerit, conſtituta eſt adverſus eum actio ſimplum, quæ & dicitur confeſſoria. *d. L. inde*, §. pen. & ult. *ad leg. Aquil.* Debet igitur ſimplum ex his cauſſis ſine dubio, qui confeſſus eſt; & qui poſt hanc confeſſionem ſimplum ſolvit, debitum ſolvit. Quam ob cauſſam etiam iure ei denegatur actio vel ex regula communi ſuperiore. Non eſt enim repetitio, niſi indebiti ſoluti. Atenim huic defenſioni adverſantur verba ipſa exce-

a) Et Cuiac. 1. *Sent. Pauli* 19. videtur, ait, quaſi redemptum hoc pretio ſoluto periculum inficiationis & dupli. Duar. *h. t. C.* 11. *f. ult.* rationem hanc reddit. Ne alias fraus fieret L. Aquiliæ, quo ad pœnam contra inficiantem ſtatutam. Nam ſi repetitioni locus, tum qui damnum dedit & æſtimationem ſolvit, condicendo quaſi ipſe non dediſſet damnum, poſſet experiri an adverſario ſint probationes. Et ſi non poſſet adverſarius probare damnum datum, ille ſolutum reciperet: ſi poſſet, non quidem recipere, pœnam tamen L. Aq. effugeret, quippe quæ irrogatur damnato ex ea lege, non ex alia cauſſa. Quæ ſolida non videntur, Neque enim ſi condictionem indebiti inſtituit, adverſarii erit probare ſe debitum accepiſſe, ſed condicentis ſe indebitum ſolviſſe, idque per errorem, tum ex generali iuris regula; Actoris eſt probare; tum quia adverſam ſibi habet iuris præſumptionem Ratio autem noſtri inde firmari poteſt, quod confeſſi in eadem cauſſa cum iudicatis. Illud vero mihi vix probatur, quod Donellus vult, licere convento illis actionibus, nec fateri, nec negare, item ea lege ſolvere &c. Poſito enim ita iure, vix erit illius definitionis veterum, ut vocat *d.* §. *ult.* (Unde apparet rem contentionibus & fori diſputatione agitatam fuiſſe) uſus aliquis, nemine niſi reſupino & rei ſuæ non ſatagente ſimpliciter confeſſuro.

Digitized by Google

exceptionis, quibus nominatim comprehenſum eſt indebitum ſolvi, & in hoc ipſo indebito quanvis per errorem ſoluto denegari repetitionem. Sed exceptio loquitur de eo indebito, quod ante confeſſionem & ſolutionem fuit, & hoc declarat, etſi quid ita fuit ab aliquo indebitum, ſi tamen ab eo tanquam debitum per errorem agnoſcente ſolutum ſit, repeti non poſſe. Sic ergo res babet, quod ex his cauſſis poſt confeſſionem ſolvitur: diverſorum temporum habita ratione recte dicitur indebitum, & debitum. Si ſpectamus cauſſam & originem confeſſionis, ſeu id tempus quod confeſſionem anteceſſit, ſine dubio eſt indebitum quod ſolvitur ab eo qui tanquam debitum per errorem ſolvit. Quod ſi ſpectamus eius confeſſionem & id tempus, quod inde ſecutum eſt, cœpit confeſſione eius debitum fieri ex lege, quod ante erat indebitum. Atqui poſt id tempus ſecuta eſt ſolutio. Solutum igitur debitum poſt id tempus. Quæ cauſſa, ut dixi, inhibet repetitionem.

V. At etiam hic occurritur. Nam vel hoc ipſum iniquum eſt, ex his cauſſis conſtituere actionem adverſus confitentem, & errantem, qui prius non debuerit. Semper enim redeundum eſt ad illud ſuperius, quod & nobis utraque manu retinendum eſt, nulli ignorantiam & errorem facti nocere debere. Quo fit, ut nec debeat ita nocere, ut propter confeſſionem ab errore profectam incipiat debere, qui prius non debuit. Sed nihil hic iniquum conſtituere ex his cauſſis actionem in ſimplum adverſus confitentem, quanvis non debuerit. Conſtituendi ratio hinc nata. Prius illud utile viſum eſt conſtituere ex iiſdem cauſſis actionem in duplum adverſus infitiantem. Non ſane quia gravitas delicti in his cauſſis id poſtularet; alioqui conveniebat eam pœnam adverſus delinquentem conſtitui iam ab initio. Sed factum hoc conſilio, ut apparet, ut metu pœnæ ab eo, cum quo agitur, extorqueretur ſtatim confeſſio; qui cum ſciret infitianti dupli pœnam propoſitam, ſi convinceretur; mallet in re dubia ſimplum præſtare, quam ſub incerto iudicii eventu pœnam dupli ſubire. Quo nihil æquius. Sic enim fit, ut metu huius pœnæ actor primo quoque tempore perveniat ad ius ſuum. Et ſuperiores cauſſæ præcipue hanc æquitatem maturæ ſolutionis flagitare videbantur. Hoc iure poſito, conſequens fuit, ut conſtitui deberet actio ex iiſdem cauſſis in ſimplum non adverſus delinquentem, ſed adverſus confitentem quemlibet: quia ſi non obſtringeret confitentem hæc confeſſio eſſet eluſoria: quippe inutilis actori ad ius ſuum mature conſequendum; contra quam lex factum eſſe voluit. Quare ſi prius illud utile atque æquum, neceſſe eſt & tale videri hoc poſterius, quod ad eandem utilitatem pertinet. Et vero quo facilius id admittamus, caret hoc ius omni iniuria. Etenim ſi is, cum quo agitur, debet, ut confitetur, omnes intelligunt actionem adverſus eum æquiſſime conſtitutam. Si non debet, tamen ne hic quidem fit ei iniuria, ſi conſtituitur actio adverſus confitentem: cum poſſit eam multis modis evitare. Nam ſi certus eſt ſe damnum non dediſſe, non accepiſſe depoſitum, non obligari legato, poteſt tuto infitiari, & ſine metu ullius pœnæ. Quod enim dicitur actionem eſſe in duplum adverſus infitiantem, ſic intelligendum eſt, ſi quidem poſtea convincatur falſo negaſſe. *L. negantes, C. de obl. & act.* Si ignorat quid ſit in re, eſt in poteſtate eius non confiteri, ut nec pœnam infitiationis metuat. Poteſt enim non confiteri, & tamen nec negare, ſed reſpondere ſe ignorare, & paratum eſſe ſolvere, ſi probetur a ſe deberi. Præterea licet ei ſolvere hac lege, ut ſi appareat eſſe indebitum, reddatur. Quo caſu repetitio locum habet tanquam ob negotium contractum. *L. 2. D. de cond. ind.* Recte ergo dicimus hic conſtitutam eſſe actionem in ſimplum adverſus confitentem: hac conſtituta, debitum fieri, quod prius ante confeſſionem erat indebitum: debito conſtituto conſequens eſſe, quod traditur hac exceptione, ſi quid tale ex his cauſſis ſolutum ſit ab eo, qui ignorans debitum agnoſcat, repeti non poſſe. Id iam eo fieri, non quod error facti illi noceat contra regulas iuris, ſed quod noceat debitum. Cuius ſoluti, quocumque animo ſolutum ſit, nulla eſt repetitio.

VI. Sed meminerimus huic exceptioni tunc locum eſſe in iis actionibus pœnalibus, in quibus pœna dupli ſtatuitur non ſimpliciter ab initio; ſed ſub conditione, ſi quis infitietur, quod petitur. Aliud iuris eſt in actionibus pœnalibus, quæ ſtatim ab initio conſtituuntur ad certam pœnam dupli, vel quadrupli; qualis eſt actio furti, nec manifeſti, item manifeſti. Ex his cauſſis placet ſolutum ex falſa cauſſa repeti poſſe non minus, quam ex cæteris omnibus, ex quibus iure communi ſolutum per errorem repeti poteſt. *L. eleganter, 23. §. ult. D. de cond. ind.* Ut puta, cum diceretur filius meus aliquid ſurripuiſſe; ego ignarus a quo furtum factum eſſet, & tamen occurrere volens infamiæ iudi-

iudicii (damnatus enim furti fit infamis. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.*) ſtatim ſolvi duplum aut quadruplum ei qui ſibi dicebat rem ſurreptam. Si compertum ſit poſtea furtum factum eſſe ab alio quam a filio, recte repetam per errorem ſolutum. Cur hæc tam varie, cum furtum ſit delictum gravius quam damni culpa dati, ac propterea æquius ſit furem magis teneri? *arg.* in §. *ſic itaque*, *Inſt. de act.* Sed nihil hic facit gravitas delicti ad impediendum ſoluti repetitionem, ſi is qui ſolvit, non deliquit, nec debuit. Debitum eſt, quod hanc repetitionem adimit: indebitum, quod tribuit; & in eo iſtius iuris differentia verſatur. Differentiæ igitur ratio certa hæc eſt, quod quibus in cauſſis pœna dupli aut quadrupli ſtatim ab initio conſtituitur, in his nulla habita infitiationis aut confeſſionis ratione conſtituitur actio adverſus delinquentem. Puta hoc modo: ſi quis furtum faxit, in nec manifeſto dupli, in manifeſto, quadrupli pœna eſto. Proinde ſi quis hic non deliquit; quia nihil adfertur ex *L.* cur is debere poſſit, ſive neget, ſive confiteatur; ideo per errorem ſolutum tanquam omnimodo indebitum recte repetet ex regula communi & æquiſſima. At iam diximus in quibus cauſſis pœna dupli eſt ex infitiatione, in his conſtitui ſimpli actionem non in delinquentem, ſed in confitentem, licet non deliquerit. His verbis fieri, ut qui confeſſus eſt, quanvis prius nihil debuerit, nunc tamen ſua confeſſione obligetur. Atque hinc videlicet inhibita ſoluti tanquam exinde debiti repetitio.

VII. Sed ut regulæ communis a nobis expoſitæ hæc exceptio eſt, quam modo dixi: ita etiam una non plures. Nam quæ aliæ traduntur ab Accurſio ad *d. L. eleganter*, 23. §. *ult. D. de cond. ind.* & ad §. *is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.* ſunt ineptiſſimæ, atque adeo tam non ſunt exceptiones, quam quod minime. Quod & nobis ſtatuendum eſt, ne vagemur errore, quaſi hactenus non ſint complexi veteres, quæ ad hanc repetitionem pertinebant. Id autem ita fiet, ſi reputabimus quid ſit proprium exceptionis, animadverterimusque quam nihil iſtorum, quæ ille ſcribit, haberi poſſit in hoc numero, ſi cum regula ſuperiore conferatur. Quid eſt igitur exceptio? oratio quæ detrahit aliquid de regula: oratio detrahens eam rem, quæ verbis regulæ generalibus comprehenſa erat, & quæ niſi inde eximeretur, contineretur iure ac definitione regulæ. Quid autem illæ, quas iſti vocant huius regulæ exceptiones? Omnes eiuſmodi, quæ non modo nihil detrahunt regulæ propoſitæ, ſed maxime eam confirmant; eiuſmodi certe, quæ verbis regulæ non ſolum non continentur, ſed etiam maxime removentur: ut valde ſtultum ſit novis verbis excipere velle, quæ etiam non excepta non continebantur regula. Id iam ex collatione regulæ, & iſtarum exceptionum intelligetur. Regula hæc eſt, Indebitum per errorem ſolutum repeti poteſt. Si exceptio eſt id quod dixi, non poteſt ulla exceptio huius regulæ intelligi, niſi in qua hæc omnia concurrant, ut ſolutum quid ſit, indebitum, & ſolutum per errorem, quod tamen repeti non poſſit. Scilicet ut ſic detrahatur de regula, ad quam verbis pertinebat, ac niſi exceptum eſſet, contineretur eadem definitione. At omnes illæ exceptiones Accurſii ſunt de aliis rebus omnibus, quam de indebito per errorem ſoluto. Aut enim ſunt de debito, aut de indebito quidem, ſed quod non ſolvitur, aut de eo quod ſolvitur a ſciente, non per errorem.

VIII. Ait igitur, quod quis condemnatus ex cauſſa iudicati ſolvit, eum repetere non poſſe. *L.* 1. *Cod. de cond. ind.* Recte. Sed hoc nihil ad regulam. Hæc enim eſt de indebito. Ex iudicati cauſſa ſolutum [3] maxime debitum. Eſt enim iudicati actio ad id exigendum conſtituta. *L. actori*, *Cod. de reb. cred. & iur. L. miles*, §. *ult. D. de re iud.* Scimus autem id maxime debitum eſſe, quod ab invito exigi poteſt. *L. debitor*, *D. de verb. ſignif.* Ait, cum deferente reo actor iuravit ſibi deberi, quod ex ea cauſſa ſolutum eſt, repeti non poſſe. *L. nam poſtea*, *D. de iureiur.* Vere hoc quoque. Sed quia debitum ſolutum eſt, non quia indebitum contra regulam repetatur. Nam & hic non minus actio eſt ex cauſſa iuriſiurandi, quam ex cauſſa iudicati. *d. L. actori*, *Cod. de reb. cred.* §. *item ſi quis*, *Inſt. de act.* Quod non magis ad regulam pertinet, quam prius. Ait, cum mater filiæ nomine dotem dedit ſe eo nomine obligatam credens, repetere eam non poſſe, quia etſi vere non debeat, impediat tamen pietatis cauſſa. *L. cum is*, 32. §. *mulier*, *D. de cond. ind.* Sed & hoc debitum eſt, ut ſuperiora: debetur

enim

3) Quanvis in veritate forte fuerit indebitum, tamen auctoritas ſententiæ facit debitum, Duar. *h. t. C.* 11. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 61. *n.* 27 *& ſeq.* Exc. Niſi ratione novi caſus emergentis æquitas indulgeat repetitionem ex cauſſa indebiti ſoluti, tum enim eſt condictio ſine cauſſa *L.* 2 *de cond. ſ. c.* Male autem Accurſius generatim ſic ſolutum repeti condictione ſine cauſſa, quam reprobat Vaſq. *d. n.* 28. aliquot alias exceptiones ſubiiciens, quæ ex illo petendæ.

enim natura, ut oſtendimus in obligatione naturali. Ait, quod quis tranſactionis nomine dederit, ut actor a lite diſcederet, repeti non poſſe. Et hoc quoque certi iuris. *L. in ſumma, 65.* in pr. *D. de cond. ind. L. 2. Cod. eod.* Sed alia ratione ad regulam non pertinet. Datur enim hic quidem indebitum: ſed datur, non ſolvitur. Regula autem eſt de indebito ſoluto. Solvitur, quod datur ſolutionis cauſſa, id eſt tanquam ante debitum, eoque ob cauſſam præteritam, ex qua id debeatur. Quod tranſactionis nomine datur, non datur ulla neceſſitate præcedente cogente, ſed ob cauſſam futuram, ut a lite diſcedatur. Quæ cauſſa cum ſecuta eſt, ſatis eſt cauſſæ ad datum retinendum, quamvis nihil ante debitum fuerit, *d. L. in ſumma, de condict. ind. L. 1. D. de cond. cauſ. dat.* Poſtremo ait, eum repetere non poſſe, qui ſciens indebitum ſolvit. Nihil verius. *L. indebitum, Cod. de condict. ind.* Sed non magis hoc ad regulam, quam ſuperiora, cum regula concepta ſit de indebito ſoluto per errorem. Quæ cum omnia tam aperte ad regulam non pertineant, valde ſtultum eſt ea excipere a regula, quæ non modo ea non contineantur, ſed etiam excludantur. Suntque omnino exceptiones ſimiles his, ſi quis dicat indebitum ſolutum repeti poſſe, niſi ſit debitum: aut ſi leget omnes libros quos habet in bibliotheca, exceptis ſtatuis & imaginibus, quaſi ſcilicet quiſquam tam eſſet ſtultus, qui putaret debitum indebiti appellatione, aut ſtatuas appellatione librorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret. Neque vero ex cauſſa iudicati ſolutum excipi a regula putandum eſt in *L. 1. Cod de cond. ind.* cum ita ſcribitur: *pecuniæ indebitæ per errorem, non ex cauſſa iudicati ſolutæ eſſe repetitionem.* Hæc enim verba, non ex cauſſa iudicati, non exceptionem habent, ſed adverſativam orationem, qua ſignificatur indebiti per errorem ſoluti repetitionem eſſe; non autem ſoluti ex cauſſa iudicati, quod eſt debitum, non indebitum. Sic nec excipitur tranſactionis cauſſa datum in *L. 2. C. eod.* cum dicitur promiſſum per errorem ab eo, qui non debeat, condici poſſe, niſi ex cauſſa tranſactionis id factum ſit. Nam promitti quid poteſt, & ob cauſſam præteritam tanquam debitum, & ob cauſſam futuram, ut a lite diſcedatur, id eſt tranſactionis cauſſa, ut cum verbis definitionis ſuperioribus contineatur tranſactio, apte hæc inde excipiatur.

IX. Atenim dicet aliquis, conſtat ex ſuperioribus cauſſis ceſſare repetitionem, Unde igitur id intelligemus? Non ſane ex exceptionibus, quæ nullæ eſſe poſſunt, cum verbis regulæ nihil contra poſitum fuerit: ſed verbis ipſis regulæ, quibus ſuperiorum omnium repetitio excluditur. Cum enim dicimus indebitum repeti poſſe: aperte quidquid eſt debitum, excludimus. Cum dicimus repeti poſſe ſolutum; ſatis excludimus tranſactionem, & quidquid eſt, in quo quid non tanquam debitum datur, ſed alia de cauſſa. Sic & cum volumus repeti poſſe, quod ſolutum eſt per errorem, quis non videt hoc verbo excludi ſolutum ab eo, qui ſciat indebitum? Ratum ſit igitur ſuperioris regulæ de repetitione indebiti poſitæ, unam illam exceptionem eſſe, quam modo diximus.

X. Quo cognito ſumma iam hæc erit de repetitione indebiti ſoluti, id eſt eorum, quæ ob cauſſam præteritam neceſſariam data ſunt: Quod ob cauſſam præteritam neceſſariam, id eſt tanquam debitum datum eſt, ſic repeti poſſe, ſi hæc quatuor interveniant, ut quid ſolutum ſit, ut indebitum, ut ſolutum per errorem, ut per errorem facti. Si quid horum deerit, ceſſare repetitionem, ut in ſingulis his membris oſtendimus. Si concurrent omnia, repetitionem eſſe, quam quærimus, præterquam ſi quid ſolutum ſit ex iis cauſſis, in quibus lis creſcit in duplum per inficiationem. Quanquam etiam in his ipſis, ſi vere iudicare volumus, locum habere poteſt ſententia regulæ communis; quia in his poſt confeſſionem debitum ſolvitur etiam ab eo, qui prius non debuit.

C A P. XVI.

Repetitionem indebiti non in vindicatione eſſe, ſed in actione in perſonam, quæ eſt condictio indebiti. Hanc eſſe ex obligatione: obligationem ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur: & quantopere expediat id ita ſtatui de contractu.

Actio ad indebiti repetitionem prodita non vindicatio eſt, ſed condictio. Qui huius definitionis effectus. I. II.
Condictio iſta ex obligatione; obligatio ex eo genere contractuum qui re perficiuntur. III.
Quorſum ſpectet diligens ſuperioris obligationis perquiſitio. IV.
Obligationem hanc ex re naſci. V.
Veterum diſſenſio, an ex contractu naſcatur, aut ex quaſi contractu. VI.
Quam utilis hæc quæſtio. VII.
Eam obligationem ex contractu naſci multis oſtenditur. VIII. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV.

I. Conſtituta eſt ex ſua cauſſa indebiti ſoluti repetitio. Deinceps, quæ huius repetitionis nomine actio ſit, cognoſcamus. Utrumne actio in rem, an in perſonam: & ſi in perſonam, unde & cuius generis obligatio ſit, quæ hanc actionem pariat. Et ante omnia hoc ſtatuamus dum ab eo, qui accepit, furtum abſit, nullam indebiti repetendi nomine actionem in rem eſſe ei, qui ſolvit, quaſi is re ſoluta etiam nunc ſoluti dominus manſerit. Nam, ut iam aliquoties diximus, qui ſolvit per errorem, dum in hoc errore hoc animo eſt, ut rem ſuam transferat in accipientem, tradendo transfert, transferendo dominus eſſe deſinit. §. *per traditionem, Inſt. de rer. diviſ.* Quo facto, eadem opera actionem in rem, ſi quam prius habuit, amittit, ut quæ non alii competat iure civili, quam domino. *L. in rem, D. de rei vind.* §. *ſed iſtæ, Inſt. de act.* Reſtat igitur, ut ſi qua hic actio eſt, ſit in perſonam, quando non plura genera ſunt actionum, quam hæc duo, in rem, & in perſonam, §. 1. *Inſtitution. de action. L. actionum, D. de obl. & action.* Et eſt omnino hic actio in perſonam, condictio indebiti, videlicet hoc nomine conſtituta. §. *is quoque Inſt. quib. mod. re contr. obl. L.* 1. *C. de cond. ind.* Unde & *Titulus D.* & *C. de condictione indebiti.* Scimus autem ut actio in rem vindicatio dicitur, ſic omnem in perſonam condictionem appellari. §. *ſic itaque Inſt. de act. d. L. actionum, D. de obl. & act.* Atque hæc ipſa hic conſtituta, hoc ipſo etiam vindicationem excludit, ut declaratur in *L. dominus,* 51. *D. de cond. ind.*

II. Effectus hic eſt, ut ſi is qui indebitum ſolvit, non poſſit ſuum conſequi ab eo qui accepit, aut heredibus eius, quia forte ſolvendo non ſint, res ſoluta illi perierit: ut quanvis exſtet & reperiatur apud alios poſſeſſores, non poſſit tamen ab his perſequi, quia non ſit ei actio adverſus eos, cum quibus nihil negotii geſſit, niſi in rem: hanc autem actionem de indebito ſoluto competere negemus.

III. Et quoniam hic condictio eſt, ſeu actio in perſonam, ſimul intelligimus eſſe ex obligatione, proinde & adverſus eum, qui ea obligatione teneatur. *d.* §. 1. *Inſt. de act. d. L. actionum, D. de obl. & act.* Unde igitur hæc obligatio? cum nulla hic ſit, niſi ex una aliqua earum cauſſarum, quæ initio conſtitutæ ſunt, contractu, quaſi contractu, maleficio, aut quaſi maleficio? Diximus eſſe ex contractu, & eo genere contractus, in quo obligatio re contrahitur. Quæ & cauſſa nobis huius generis obligationem in hoc genere contractuum numerandi.

IV. Quam recte, paulo pluribus diſcutiamus, ne huius obligationis & repetitionis cauſſa ignoretur: ignota etiam alios locos de ea ſcriptos; ordinem Pandectarum & Codicis in contractibus recenſendis; diviſionem adeo ipſam obligationum ex quatuor illis cauſſis ſuperioribus ductam non ſolum in dubium vocet ſed etiam evertat.

V. Et obligationem hic ex re naſci similiter ut in mutuo, diſerte [1] ſcriptum eſt in §. *is quoque, Inſt. quib. re contr. obl.*

[1]) Cujac. 8. *Obſ.* 34. indebitum ſolutum vocat Promutuum, quia magna ſit cum mutuo convenientia, vid. Vult. in §. *item is* 4. *I. de O. Q. ex. contr.* n. 2. Quamquam nec in eo cum mutuo conveniat, quod ſolvitur indebitum, non tantum in quantitate, ſed etiam re ac ſpecie.

obl. Et recte: non enim prius quis obligatur ex hac cauſſa, quam res ei data fuerit ſolutionis cauſſa, ut initio diximus; idest non prius, quam res data initium præbuerit obligationi. Quod & repetitionis, & reſtitutionis verba huius actionis propria ſatis oſtendunt. Non enim poteſt natura res reſtitui, nisi quæ prius accepta sit. Et de hoc convenit inter omnes.

VI. De illo ambigitur, sitne obligatio ex contractu; quæ ideo huc pertineat, uti poſuimus; an vero ex quasi contractu, ut propterea in eum ordinem potius a nobis redigi debuerit. Rem dubiam fecerunt non tam res ipſa, quæ mihi quidem contractum certo hic ſtatuere videtur, quam veterum ſententiæ, quæ de hac re in libris noſtris ad nos pervenerunt. Iulianus quidem & Pomponius non obſcure declararunt hoc ſe ſentire, in indebito per errorem ſoluto naſci obligationem inter dantem & accipientem ex negotio inter illos geſto, tacite quidem: attamen ex negotio inter ipſos geſto, ideſt ex contractu. Ille in *L. ſi in area*, 33. *D. de cond. ind.* hic in *L. is qui*, 13. in fin. *D. commod.* Atque ex hac ſententia eſt etiam collocatio huius cauſſæ inter eas obligationes, quæ re contrahuntur, cum in *Pandectis*, tum in *Codice*. Subiicitur enim Mutuo: ſequuntur alii contractus eiuſdem generis, ut Commodatum, Pignus, Depoſitum. Nec dubium, quin ex eadem ſententia & collocatione natum ſit, quod inter has ipſas obligationes nominatim relata eſt hæc cauſſa in *d. §. is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contr. obl.* Sed diſſentiunt Caius & Iuſtinianus, quorum uterque negat ex contractu eſſe, ſed magis eſſe ait ex quaſi contractu, ſeu ex diſtractu. Ille in *L. 5. §. is quoque*, *D. de obl. & act.* hic in *d. §. quoque* in fin. *quib. mod. re contr. obl.* & *§. pen. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Utrum ergo verius? Et ſunt ſane ſuperiora illa Caii & Iuſtiniani verbis ita ſcripta, ut ſi liceret ea ſequi ſine ulla interpretatione, non putarem morandum diutius, quin ultro & ſtatim idem ſequeremur. Nam de ſuperiore collocatione, & aliis locis non ita diſerte ſcriptis non deeſſet fortaſſe quod poſſet reſponderi. Sed quominus illa ita ſimpliciter ſequamur, nimium multa prohibent. Quæ res facit, ut putem de eo nonnihil conſiderandum diligentius.

VII. Dixerit aliquis, otioſam eſſe hanc quæſtionem, ſitne hæc obligatio ex contractu, an vero ex quaſi contractu. Nam ſi is qui indebitum accepit, nobis obligatur ad id reddendum, quid intereſt ad rationem iuris, utrum dicatur obligari ex contractu, an quaſi ex contractu; cum ſive hæc, ſive illa cauſſa fuerit, æque actor ſuum conſequatur, id quod ſolum quærimus? Multum vero intereſt omnibus modis. Primum ad certitudinem iuris conſtituti. Nam cum nulla ſit obligatio niſi ex certis cauſſis, non poteſt quiſquam certo ſtatuere ſe tenere aliquam obligationem, niſi qui, certam cauſſam, unde illa naſcatur, noverit. Sed & ad æquitatem iuris conſtituti, eoque ad ſtudium eius retinendi pertinet poſſe eius iuris expedire rationem. Atque hæc ex cauſſa obligationis introductæ ſolum petitur. Neque vero ad hanc rationem & cauſſam iuris parum intereſt, utrum dicamus obligationem ex contractu eſſe, an vero ex quaſi contractu. Nam qui ex contractu eſſe dicit, dicit eſſe ex conventione, optima & æquiſſima cauſſa obligationis introducendæ. Qui dicit ex quaſi contractu, ex conventione eſſe negat: ſimul obſcuram æquitatis quæſtionem introducit, cur ſine conventione, atque adeo contra quam is qui ſolvit, ſentiebat, id eſt contra eius conventionem hæc obligatio ſit introducta. Tum autem ad effectum etiam iuris, quem hic quærimus, id eſt ad obligationem ipſam inducendam, multum intereſt, utrum hic contractum eſſe placeat, an quaſi contractum. Nam ſi dicimus hic contractum eſſe, iure optimo naſcetur obligatio, quia conventione id actum eſt, ut ſit in contractu. Sin contractum negantes, ſolum quaſi contractum hic agnoſcimus; non ſtatuimus obligationem, ſed tollimus, ut poſtea patebit. Quæ ſi ita ſunt, non modo non eſt otioſa hæc quæſtio, utra ex cauſſa illa obligatio ſit; ſed etiam neceſſario faciendum eſt, ut de ea certi aliquid ſtatuatur, ſi obligationem, quæ hic quæritur, aut omnino, aut certe iuſtam habere volumus.

VIII. Ego autem ſic ſtatuo obligationem hic naſci ex [a] contractu: ut vero ex quaſi contractu aut ex diſtractu naſcatur, neque

a) Conſentit ex parte Mozz. *de Cond. ind. G. 1. n.* 2. & 3. Si rem accuratius expendamus, putat is, contractus hic non diſtractus. Nam licet diſtrahendi adſit animus, tamen actus ab effectu potius denominandus. Ac licet animus veru deficiat, tamen ex coniectura a lege inducitur & a priori deficit, ex poſt facto non item. Imperator vocat diſtractum, reſpectu animi dantis, alio reſpectu imo contractum ſtatuit, quia inter contractus refert. Ita Mozz. Ram Corſ. 1. *Indagat.* 31. reſpectu accipientis contractum eſſe ſtatuit, reſpectu dantis quaſi contractum. Sed a recepta ſententia Illuſtribus Imperatoris, & IC. Cau teſtimoniis ſubnixa recedendum non eſt, quæ immerito hic a Donello abſurditatis & inconcinnitatis arguitur. Quin imo, ut recte Holom. in *§. item is q. l. de O. q. ex contr.* nulla aliarum obligationum ex quaſi contractu, a natura contractus alienior. In aliis ſcientia, in alteru-

neque regulas iuris, neque adeo naturam rei ullo modo pati poſſe. Ex contractu eſſe, non temere, aut quidquam innovandi ſtudio dicimus, ſed adducti iis rebus, quæ hanc ſententiam non tam evincant, quam extorqueant: conventione contractus propria, quæ in indebito ſolvendo tacite interponitur de re reddenda; veterum aliorum auctoritate, qui hoc ipſum confirmant: in primis autem neceſſitate huius ſententiæ, qua non admiſſa, ſecundum regulas iuris obligatio naſci non poteſt.

IX. De conventione ſic ius eſt: Si id quod indebitum tanquam debitum per errorem ſolvitur, datur hac conditione, ut reddatur si eſt indebitum; non poteſt, quin hic ſit obligatio ex contractu, quæ eſt ex negotio geſto, & conventione. Eſt enim contractus duorum pluriumve conſenſus atque conventio in hoc, ut unus alteri quid det, aut faciat; ſi eſt conſenſus iure ad obligationem comprobatus, ut ſupra contractum definivimus. Atque hæc tunc maxime comprobatio eſt, cum non convenit tantum, ut dares aut faceres, ſed prius tibi datur quid ea lege, ut viciſſim des aut facias, ubi negotium civile geritur. *L. ſolent*, in fin. *D. de præſcr. verb. L.* 2. *D. de cond. ind. L. legem, C. de pact.* At quiſquis indebitum ſolvit per errorem, is dat hac conditione & conventione tacita interpoſita, ut reddatur, ſi eſt indebitum: & qui ſolutionis cauſſa tanquam debitum accipit, eadem iſta lege & conventione accipit. Quare ſi qua hic obligatio eſt ad indebitum reddendum, ea eſt ex contractu omnino, quia ex conventione, non aliunde.

X. Et ſi de conventione probatur, quod diximus, res eſt expedita. Atqui hoc ipſum eſt, de quo dubitatur; & ſolum, quod alii ſumunt ad contractum hic reiiciendum. Negant enim hic ullam eſſe conventionem de ſoluto reddendo. Et certe ſecundum id, quod aperte verbis agitur, non modo non exprimitur aut ſignificatur verbis ulla eiuſmodi conventio, ſed etiam aperte repudiatur. Qui enim ſolvit, ipſo ſolvendi verbo id agere intelligitur, ne unquam repetat. Id enim agit, ut liberetur. Quod non contingit ei, qui ſic ſolvit, ut recipiat. *L. qui ſic*, 55. *D. de ſolut.* Sed hoc ita eſt, inquam, ſi id ſpectemus tantum, quod aperte & ſecundum verba agitur. Enimvero ineſt hæc conventio ex ſententia contrahentium: eaque ſententia ex verbo ſolvendi & ex errore ſolventis non obſcure colligitur. Quiſquis indebitum ſolvit, etiamſi ſimpliciter ſolvar, tamen eodem iſto verbo ſolvendi ſignificat ſe dare hac conditione, ſi ſit debitum. Dat quidem, ut ante dixi, eo animo, ne unquam repetat: verum non omnimodo & ſimpliciter; ſed hac conditione, inquam, si ſit debitum, quod ſolvit. Quippe ineſt natura in hoc verbo hæc ipſa conditio: cum non poſſit ſolvi niſi quod debetur. Ex hac porro conditione eſt illa conventio tacita, quæ præter id, quod aperte agitur, colligitur, & neceſſario colligitur per contrarium. Quidquid enim ſub conditione datur, ſub contraria conditione nec dari; aut si errore transfertur, ſub contraria conditione revocari intelligitur. Ut & contra quod adimitur ſub conditione, ſub contraria conditione dari intelligitur. *L. quibus*, 40. *§.* 2. *L. aliquando, D. de cond. & dem.* Quocirca qui ſolvit indebitum ſub hac conditione, ſi debitum eſt, intelligitur eadem opera ſub contraria conditione non dare: aut quoniam in præſentia dominium transfert propter errorem, intelligitur hoc dicere, ſi indebitum eſt, ſe datum nolle, proinde & reddi velle, si indebitum eſſe apparuerit. Et ut propter ſolvendi verbum hoc dicere intelligitur, qui ſolvit: ita & qui eodem ſolutionis nomine accipit, eadem plane lege accipere intelligendus eſt. Quæ res mutuum conſenſum, & conventionem de re reddenda efficit. Quamobrem & si qua hinc obligatio eſt, erit utique ex conventione. Quod ſi ex conventione, etiam ex contractu: cum, ut dixi, contractus ſit conventio omnis, quæ obligationem parit: maxime autem si quid datum eſt ea lege, ut viciſſim quid fieret, ut hic accidit.

XI.

terutro, & ex una parte verus & apertus conſenſus, ſive animus ſe obligandi. (Conſenſus enim ſi preſſe loquimur, unius eſſe nequit.) Nam negociorum geſtor, tutor, heres, eo ipſo quod negocia gerunt, tutelam adminiſtrant, hereditatem adeunt, in obligationem, quam ſubeundam ſciunt, conſentiunt. Hic vero ſcientia in neutro, ideoque nec conſenſus adeſt, quem ignorantia excludit. Mens in contractibus ac voluntas præ verbis maxime attendenda *L.* 219. *de V. S. L.* 34. *de R. I.* Atqui hic ſolvens plane non eſt ea mente, ut ſibi alterum obliget, ſed ut obligationis vinculo, quo falſo ſe teneri putat, liberet, idque aperte agit. Nec tacitus animus repetendi poteſt expreſſo eſſe contrarius, & in idem tempus in eundem concurrere. Quin imo ſi ſcienti non prodeſt verum propoſitum repetendi *L.* 50. *h. t.* minus in ignorante fictum, contractum efficit. Quid quod ſæpe accipiens non obligatur ei qui numeravit, ſed alii qui nec ipſe ſolvit, nec etiam eius nomine ſolutum eſt, idque ſine ulla actionum ceſſione, ut in ſpeciebus *L.* 2 *§.* 1. *L.* 3. *& ſeqq. h. t.* vid. *infra C.* 18. *N.* 6. Ex contractu autem vero, alteri quam qui contraxit nulla obligatio quæri poteſt. *L.* 38. *§.* 17. *de V. O. ſupra Lib.* 12 *C.* 16. Unde apparet hic ex re actionem venire, nec ſpectari perſonam intentionemve ſolventis, ſed æqui ac boni rationem, quæ alterum cum alterius detrimento rem ſuam augere non ſinit. *L.* 14. *h. t.* Datur enim non ultra quam accipiens locupletior. *L.* 26. *§.* 12. *h. t.* Atqui ſi ex conventione eſſet, daretur in ſolidum.

XI. Nec quem moverit, quod hæ conditiones non exprimuntur verbis; multoque minus conventio ſuperior. Satis eſt conventionem tacite ineſſe, eamque intelligi vel ex ſententia contrahentium, ut non minus idem efficiat. Nam & quæ tacita conventio eſt, non minus conventio eſt. Et prætor edicto de pactis generaliter pollicetur ſe pacta conventa ſervaturum. Denique ita ius receptum eſt, ut non minus 3 tacitæ conventiones valeant, quam verbis nuncupatæ, ſeu expreſſæ. *L. 4. D. de pact.* Ex quo & illud Pomponii, ſemper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſſe. *L. 3. D. ſi cert. pet.* Quod agitur, id eſt, id de quo contrahentes ſenſerunt, etiam ſi verbis non exprimatur. Pro cauto habendum, id eſt pro verbis nuncupato, & nominatim promiſſo. Sit ergo ut propoſui, obligatio de indebito reddendo ex contractu, quia ex conventione. Nec eo minus ex conventione, quia conventio eſt tacita, & quia ex ſententia magis, quam ex verbis (quod in extremo paulo pluribus attingemus.) Cum omnis conventio ſive quæ expreſſa eſt, ſive quæ tacita, tantundem valeat ad obſtringendam fidem. Sit eadem obligatio ex negotio geſto, poſtquam res datur hac lege, ut reddatur. Id eſt datur quid, ut viciſſim facias.

XII. Et ſi hoc hactenus ex definitione contractus huic negotio congruente recte dicitur: diceremus tamen timidius, niſi animadvetterem veteres alios hoc idem partim ſenſiſſe, partim etiam pene diſerte ſcripſiſſe. Collocatio atque ordinatio edicti perpetui, hanc fuiſſe 4 veterum ſententiam de indebiti obligatione, clare oſtendit. Eorum dico, qui edictum perpetuum ordinarunt, & eius edicti ordinem ſunt ſecuti. Relata eſt enim, ut dixi indebiti repetitio & obligatio inter eas obligationes, quæ re contrahuntur, ut ex collocatione *Titulorum Digeſtorum* & *Codicis* apparet. Vitioſe, ſi & hæc obligatio non eſt ex contractu. Et eo vitioſius, quia præter inſtitutum, cum in edicti ordinatione ſibi propoſuerint proximos atque coniunctos *Titulos* inter ſe connectere, ut eſt in *L. 2. D. de ſtat. hom.* Quod ſi hæc nullorum veterum ſententia fuit, cur Iuſtinianus in Iuſtitutionibus ſub Titulo *Quibus modis re contrahitur obligatio* §. 1. obligationem Indebiti in hoc genere recenſuit? cur non aperte id dixit, quod res erat, & eam retulit ſolum inter eas obligationes, quæ quaſi ex contractu naſcuntur, ut fecit Caius, qui negabat eſſe ex contractu? *L. 5. §. is quoque, D. de obl. & act.* Sed apparet ab eo factum eſſe, quia metuit reprehenſionem, niſi faceret. Reprehenſionis autem metus non aliunde eſſe potuit, quam ex vulgata illa opinione veterum, ordinatione edicti perpetui confirmata, qui obligationem indebiti in hoc genere ponebant. Et tamen ſic ex illorum ſententia hanc obligationem in eodem genere retulit, ut declararet ſe non ignorare, quid de eo vulgo receptum eſſet, cæterum oſtenderet ad extremum ſe propenſiorem eſſe in Caii ſententiam, qui eam obligationem proprie ex contractu eſſe negaret.

XIII. Sed ſit ſane hoc levius. Dici enim poteſt non ſemper in iſta collocatione Titulorum edicti perpetui veteres rectum ordinem generum in cauſſis obligationum tradendis eſſe ſecutos, ut non ſit mirum, ſi & in hac ſpecie idem illis acciderit. Ne ergo deſit certior auctoritas, hoc ipſum quod dicimus, prope diſerte expreſſit Iulianus in *d. L. ſi in area, D. de cond. ind.* Diſſerit enim eum qui in area aliena ædificaſſet, ſi ædes non poſſideret, nullam exceptionem habere. Obſtabat ei, quod is, qui non debitam

3) Diſtinctio duplex acceptionis vox *taciti* hæc diluenda. Tacitum quandoque opponitur expreſſo ac verbis declarato, & ſignificat quod certum eſt voluiſſe contrahentes, licet aliunde quam ex verbis colligatur. Sic tacita conventio requirit conſenſum utriuſque, ſaltem re & facto aliquo declaratum. Is autem ignorantis nullus *L. 15. de iuriſd.* nec ignotæ ulla cupido. Sic in *L. 13. de reb. cred.* eſt tacita conventio, non oppoſita apertæ, ſed verbis expreſſæ, quia imo aperte in mutuo hoc agitur ut res eadem bonitate reddatur. Quandoque opponitur aperto & ſignificat præſumptum aut legis fictione intellectum, eiuſque poteſtate, contra naturam ſæpe geſti, inductum. Sic in negotiorum geſtione eius cuius abſentis negotia geruntur conſenſus adeſt tacitus, id eſt præſumptus oppoſitus aperto. Nam & quaſi contractus tacite & præſumpto conſenſu ſunt. Goed *ad L. 12. de V. S. n. 7.* Iac. Gouttre. *ad L. 2. C. de reſcind. vend. pag.* 16. Non autem adeſt tacitus is conſenſus, qui facto declaratus, quique opponitur expreſſo. Hoc ſenſu tacita conventio in invectis illatis in urbanas habitationes, ut ſint pignori *d. L. 4. de pact.* quæ ſcilicet a lege interveniſſe fingitur, domino cuius res illatas eſſe, neſciente. Ideoque vera non eſt conventio. Qui enim poteſt videri conveniſſe, qui ignorat? Sed præſumpta, quæ pro pactione habetur, ut apparet *[illegible] L. ult. C. in quib. cauſ. pig.* ibi. *Tali enim iuris præſumptione &c.* vid. A. Fab. 60. *Err. Prag.* 8. & 10. Sic dicitur tacita hypotheca, tacita ſtipulatio pro dote &c. Eſt hic igitur tacita conventio, id eſt non aperta, facto declarata, ſicut alias ſumitur, ſed præſumpta: non ex ſententia dantis & accipientis; ſi enim ita ſentirent, ille non ſolveret, hic non acciperet, arg. *L. 3. de compenſ.* ſed ex iuris interpretatione, quæ ob benignitatem conventionem illam interveniſſe fingit. Veri autem contractus verum & apertum, non præſumptum, conſenſum exigunt.

4) Non hæc tam compoſitores permovit, alias Tribonianus & adiutores ab Imperatore ſuo ſectionem & ſententiæ diviſionem feciſſent, quod ab omni ſpecie veri alienum: ſed quia ratione effectus cum mutuo convenit, cum perinde ut in re libus contractibus numerationem parìendæ obligationi intervenire neceſſe ſit, vid. Vult. *in §. 4. I. de O. q. ex contr. n.* 4.

bitam pecuniam ſolvit, habet repetitionem. Et merito quis hoc adverſari exiſtimet. Nam & qui errans ædificat in alieno, & qui errans alii ſolvit, ambo aliquid facto conferunt in alium, ille impenſas ædificii, hic pecuniam ſolutam: & ambo non hoc animo, ut repetant propter errorem. Cur ergo ſi hic repetere poteſt, ille non poſſit? Et Iulianus differentiæ rationem reddit his verbis, quia nullum negotium contraheretur inter ædificantem, & dominum areæ: qui autem non debitam pecuniam ſolvit, hoc ipſo [5] aliquid negotii gerit. Diſtinguit ergo iſtos in his quæ gerunt, & hæc eorum facta inter ſe opponit. Quare ſi prior ideo nullam repetitionem habet, neceſſe eſt intelligi contraria de cauſſa poſteriorem habere, quia negotium gerit, id eſt contrahit. Alioqui ſi ſine contractu factum aliquod in his ſpectandum eſt, tam is gerit, & in dominum confert, qui ſumptibus ſuis ædificat, quam qui ſolutione idem efficit. Sed etsi hoc non ſentire intelligeretur ex præcedentibus: tamen uſus iuris hanc eſſe per ſe ſignificationem eorum verborum ſatis oſtendit. Negotium geri inter aliquos locutio eſt Iuriſconſultis uſitata, qua ſignificant rem aliquam geri non ſimpliciter: ſed ita, ut inde obligatio ex re geſta contrahatur: cum ſcilicet unus dat alteri, ut ille viciſſim quid det aut faciat: ex qua conventione exsiſtit contractus, nec contractus qoivis, ſed is, cui res tradita initium obligationi præbet. Indicant hi loci. *L. ſolent*, in fin. *D. de præſcr. verb. L. in commodato*, *§. ſicut*, *D. commod.* Nihil mutat de hac ſententia, quod Iulianus in *d. L. ſi in area, de cond. ind.* non dicit plene eum, qui indebitum ſolvit, negotium gerere, ſed tantum aliquid negotii gerere. Vere enim non gerit per omnia, ſed ſolum negotii aliquid, ut tamen nihilominus verum ſit hac parte naſci obligationem reſtituendi ex negotio geſto. Qui enim indebitum ſolvit, quatenus putat ſe debere, nullum omnino negotium gerit, utpote in hoc errore ita animo comparatus, ne unquam repetat. At quatenus tacite hoc animo eſt, ut repetat hac conditione, si ſit indebitum, eatenus eſt illud aliquid negotii quod gerit. Quod ipſum ſatis eſt, ut inde dicatur obligatio naſci ex negotio geſto, id eſt ex contractu. In qua ſententia cum fuerit Iulianus, non mirum, ſi ipſe qui conditor id eſt compoſitor, & ordinator edicti perpetui fuit (sic enim vocatur a Iuſtiniano in *L. 2. §. ſi quid igitur, C. de vet. iur. enucl.* & *L. pen. C. de cond. ind.*) ordinem ſententiæ ſuæ congruentem inſtituerit, ut inter eas obligationes quæ re contrahuntur, hanc quoque referret, ut factum videmus.

XIV. Non aliud ſenſiſſe ſe de indebiti obligatione Pomponius oſtendit in *d. L. is qui*, 13. [6] *§. ult. D. commod.* Ait enim, cum per errorem indebitum ſolvendi cauſſa datur, id accidere, ut extra id quod agitur, tacita obligatio naſcatur. Quam hic vocat tacitam obligationem, aut quomodo hic tacita obligatio, quæ apertis verbis iuris conſtituta eſt? Ius enim aperte ita conſtitutum eſt, eum qui indebitum accepit, re obligari perinde, ac ſi mutuum accepiſſet. *§. is quoque Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Perſpicuum eſt hic obligationem non dici tacitam propter ſe, cum ſit aperte conſtituta: ſed propter conventionem reddendi, quæ eſt in eo, cum indebitum per errorem ſolvitur. Hæc autem eſt tacita, non expreſſa. Unde ex origine & cauſſa obligationis ipſa obligatio tacita appellatur. Sed nihilominus conventio ineſt: & quia conventio, ideo obligatio ex conventione, proinde & ex contractu. Id autem ſentire Pomponium eo loco ex præcedentibus & ex genere argumenti, quo utitur in ea re, liquido intelligitur. Statuit enim prius idque propoſitum eſt ei docere, ſi quis libero homini, qui bona fide ei ſerviat, ſuum ſervum putans aliquid commodaverit, aut eum iuſſerit quid facere; quanvis non ca mente hæc omnia ut eum obligatum haberet; tamen eum qui iſta fecerit, habere liberum iſtum hominem obligatum: & ſi paruerit, poſtea eum hominem vere liberum habere adverſus eum actionem. At quam? commodati, mandati, præſcriptis verbis. Quæ omnes ſunt ex contractu.

Atqui

5) Reſp. Aliquid negotii reſpectu ſcilicet eius, qui in aliena area ædificat, qui nec ex vero nec ex quaſi contractu obligat alterum. Negotium ſane geritur & in quaſi contractibus, ut evincit *t. tit. de neg. geſt.* & ob ſimilitudinem aliquando, quaſi contractus, appellantur contractus *L. 49. de O. & A. L. 16. de neg. geſt.*

6) Atqui videtur, in ſpecie *d. §. ult.* non verus, ſed quaſi contractus celebratus, per *L. 19. §. 2. de neg. geſt.* Unde Giſan. *ad L. 54. de acq. do. n.* 14. referri putat in *d. §. ult.* non probari Celſi opinionem. Sed Pac. 2. Q. 49. diſtinguit an plane ex neceſſitate ſervili fecerit mandatum, putans ſe ſervum eſſe ut tunc ſit negotiorum geſtorum actio *d. L. 19. §. 2.* an ſponte & ſciens ſe liberum, ut tunc agatur Mandati &c. *d. L. ult.* Argumentatio autem ICti talis. Si quandoque obligatio naſcitur etiam extra id quod agitur, ubi plane nihil conventum eſt; magis naſcetur, ubi hoc animo fuit qui libero, pro ſervo habito commodavit, mandavitve, ut reciperet, utque mandata fierent, tametſi non putaverit obligationem civilem orituram, ob incapacem ſervi perſonam.

Atqui cum id indigeret probatione, probat exemplo eius, qui indebitum ſolvit, qui & ipſe propter errorem nihil minus cogitat, quam eum obligatum habere. Habet tamen præter id quod aperte agitur, tacitam obligationem conſtitutam. Prius ergo ſtatuit ex hoc negotio contrahi hanc ipſam obligationem, ut ſit & inde obligatio ex contractu, quo idem fieri in ſpecie priore recte colligat. Ait quidem ex indebito ſoluto eſſe tacitam obligationem, ideſt tacitam conventionem, propter quam ſit obligatio, ut ante expoſui. Sed non minus inde obligatio eſt ex contractu. Eſſet enim contractus ſine dubio, ſi expreſſe interveniſſet conventio de indebito reddendo. Iam autem dixi tacitam conventionem non minus valere.

XV. Hæc etſi ita ſunt, tamen non laboraremus, & ſuperiora iſta contemni poſſent, niſi neceſſe eſſet ex regulis iuris obligationem hic admitti ex contractu. Nunc autem neceſſe eſt id ſtatui, ſi aliquam obligationem hic eſſe volumus, ut volumus. Regula iuris eſt uſurpata ab eodem Iuliano in 7 *L. non omnis*, *D. ſi cert. pet.* non omnem numerationem obligare eum, qui accepit, ſed quoties id ipſum agitur, ut confeſtim obligetur. Quod eam ſignificationem habet, ſi quis det pecuniam aut rem aliam non hoc animo, ſeu non id agens, ut accipientem vel ad aliud præſtandum, vel ad idem reddendum ſibi obliget, illic nullam naſci obligationem. Non dico ex contractu, ſed nullam omnino, ideſt neque ex contractu, neque ex alia cauſſa. Quod & confirmatur pene diſerte in *L. in hoc iudicium*, 14. §. 1. illic, *diverſum eſt enim D. com. divid.* Quare ſi idem admittimus in indebito ſoluto, ut qui ſolvit, det ſeu pecuniam, ſeu quid aliud non id agens, ut repetat, ſeu ut eum qui accipit, ad reddendum aut quid aliud, præſtandum ſibi obliget, non aliud dici poteſt, quam nullam hinc obligationem naſci. At volunt omnes naſci adverſus eum, qui indebitum accepit, ut reddat. Neceſſe eſt igitur prius illud ſtatui, etiam in indebito ſolvendo id agi, ut qui accepit, ad reddendum obligetur. Quod ſi in indebito ſolvendo id agitur inter dantem & accipientem: fit, quod ſupra dixi, ut naſcatur hæc obligatio ex contractu & negotio geſto, quia ex conventione. Ita non magis certa ratione, & authoritate veterum ducimur in hanc ſententiam, quam neceſſitate obligationis ſtatuendæ eam ſententiam ſequi cogimur, dum hæc lex ponitur dationi & numerationi omni, ut niſi conventio interponatur de obligando eo, qui accipit, nulla hinc obligatio naſcatur.

7) Sed *d. L.* 19. *pr.* accipi debet ſecundum ſubiectam materiam. Deinde hic non agitur vere aut ex voluntate contrahentium, ſed ex fictione iuris, quæ tantum operatur in caſu ficto, quantum veritas in vero. Caſus autem *d. L.* 14. §. 1. noſtro maxime affinis. Nam poſita Donelli interpretatione etiam is qui in rem alienam, quam ſuam falſo putavit ex errore impendit, videretur hoc tacite egiſſe, ut ſi res ſua non ſit, repetat impenſas, quia certe ſi alienam ſciſſet, non impendiſſet. Atqui dicitur noluiſſe obligare eum in cuius res impendit. Et negatur actio, quia nulla ibi, uti hic, a lege ſit interpretatio & fictio conſenſus repetendi.

CAP. XVII.

Falſum eſſe condictionem indebiti eſſe ex diſtractu, eoque ex quaſi contractu, aut aliunde, quam ex contractu. Et reſponſum de ſententia Caii & Iuſtiniani, qui contrarium ſcripſerunt.

Errare illos qui indebiti condictionem ex diſtractu magis eſſe aſſumunt: proinde non ex contractu, ſed ex quaſi, aut aliunde eſſe colligunt. I.
Ratio. II. III.
Erroris cauſſa refellitur. IV. V.
Aliorum defenſio proponitur. VI.
Refutatur. VII. VIII.

I. SEd opponitur nobis manifeſta ſententia Caii in *L. 5. §. is quoque*, *D. de obl. & act.* Iuſtiniani in *d. §. is quoque*, *Inſt. quib. mod. re contr. obl.* & in *§. penult. Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* Nam Caius diſerte ſcribit, non poſſe intelligi eum, qui ex cauſſa indebiti ſoluti tenetur, ex contractu obligatum eſſe, quoniam qui ſolvit per errorem, magis diſtrahendæ obligationis animo, quam contrahendæ dare videatur. Ideo inter obligationes, quæ ex quaſi contractu naſcuntur, hanc ſpeciem retulit. Idem apud Iuſtinianum ſcriptum legimus in *d §. is quoque*, *quibus mod. re contr. oblig.* Quam ſententiam idem Iuſtinianus velut

velut interpretans ſic pluribus explicat in *d. § penult. de oblig. quæ quaſ. ex contr.* ut dicat ideo hanc obligationem ex contractu non eſſe, quia potius ſit ex diſtractu. Probet autem ideo ex diſtractu eſſe, quia qui indebitum per errorem ſolvit, videatur dare, ut diſtrahat potius negotium, quam ut contrahat. Quid ergo ad illa tam aperte ſcripta dicimus? Et quando hic non de iure mutando, quod potius adſtruimus, ſed de ſuperiorum collectione agitur: Liceat bona pace magnorum virorum dicere id quod res eſt: non habere me hic aliud, quod reſpondeam invitus, quam eos non potuiſſe quidquam magis falſum dicere, quam quod ſumpſerunt, nec ad id probandum adferre potuiſse ineptiorem rationem. Quorum utrumque tam eſt in promptu, ut turpe putem in iure verſanti non animadvertere, aut intelligenti & veri ſtudioſo etiam diſſimulare. Non eſt, inquiunt, hæc ſpecies ex contractu, quia hoc ſumunt potius eſſe ex diſtractu. Quod ſane ſi verum eſſet, recte colligunt, ut ſit hæc ratiocinatio futura, ſi res explicetur. Quæ obligatio ex diſtractu eſt, non poteſt intelligi ex contractu eſſe contraria enim ſunt diſtractus & contractus. At obligatio indebiti per errorem ſoluti eſt ex diſtractu. Non poteſt igitur ex contractu eſſe intelligi. Recte, inquam, ſic colligitur, ſi modo verum ſit, quod ſumunt hanc ſpeciem obligationis eſſe potius ex diſtractu. At [1] hoc tam falſum eſt, ut in eam rem, de qua agitur intuenti magis mirum videri poſſit, ni falſitas ultro in oculos incurrat.

II. Qua de re enim nunc agitur? An non de indebito ſoluto? Et quid eſt indebitum, niſi id cuius præſtandi nulla eſt obligatio? Sic iam igitur argumentari licet, non ſubtili aliqua & recondita ratione longe acceſſita, ſed facili & in medio poſita: Non poteſt per rerum naturam ibi diſtractus eſſe, ubi nulla obligatio præcedit, quæ diſtrahatur. Et generaliter ſic res habet, ut nulla poſſit eſſe privatio, niſi eius rei, quæ privatione tollitur: puta non rumpi teſtamentum, niſi quod ante fuit. *L. 5. D. de iniuſt. rupt.* non eſſe manumiſſio, niſi ſervitus præcedat, quæ tollatur manumiſſione. *Inſtit. de libert.* in princip. At in indebito, de quo nunc agitur, nulla ſubeſt præcedens obligatio, qua quid debeatur, & quæ eadem diſtrahatur: alioqui debitum eſſet, quod ſolvitur, non indebitum. Nullus igitur in indebito ſoluto diſtractus per rerum naturam intelligi poteſt. Quid ad hoc illi? quomodo hanc ſpeciem potius ex diſtractu eſſe probant? Nempe quia, inquiunt, qui indebitum per errorem ſolvit, hoc animo eſt, ut rem diſtrahat, non ut contrahat. Quam hoc iam vitioſe colligitur? Eſto, ſit in ſolvente animus diſtrahendæ obligationis. Nam ideo conſequens eſt eum diſtrahere? At errat, & vere non vult. Non enim conſentiunt qui errant. *L. 2. D. de iud. L. ſi per errorem, D. de iuriſd. L. non idcirco, C. de iur. & fact. ignor* Num ergo hunc errorem facti ſpectari, & ei nocere volumus? & naturalis & civilis ratio reclamat, ut ſupra oſtendimus. *d. L. non idcirco, L. cum is, C de iur. & fact. ignor. L. regula, D. eod.* Sed velit etiam diſtrahere, puta eum eſſe, qui ſciens indebitum ſolvat. Ideone dicemus eum diſtrahere obligationem, quæ nulla eſt? Non poteſt, natura adverſatur, nec poteſt quiſquam falſa affirmatione, ac multo minus falſa opinione ſua naturam rerum mutare. *L. cum falſa, C. de iur. & fact. ignor. L. aſſumptio, D. ad municip.*

III. Ac quo magis vitium iſtius rationis perſpicere liceat, concedamus illis non ſolum eum qui indebitum per errorem ſolvit, hoc animo eſſe, ut negotium diſtrahat, ſed etiam hunc animum, atque hunc errorem eſſe ſpectandum. Non iam efficietur, quod volunt; ſed ratio adverſus eos convertetur, ut cogantur fateri, quod nolunt. Eveniet enim iſta ratione, non ut hinc naſcatur obligatio ex quaſi contractu, ſed ut nulla. Quippe ita ius eſt, ut ſupra attigimus, in quam ſententiam etiam omnes auctores iuris conſentiunt: nunquam numerationem obligationem parere, ubi non id agitur, ut qui accipit, confeſtim obligetur. *L. omnis, D. ſi*

1) Gravem hic Imperatori & ICto iniuriam facit Donellus alieniſſimum illis ſenſum affingens. Neuter ſic arguit: obligationem non ex contractu eſſe, quia ſolvens indebitum vere diſtrahit, ſed quia diſtrahere voluerit. Quod & Theoph. ſic enunciavit: *Quis enim contractum vocet, cum animo debitum agnoſcentis & obligationem diſſolvere volentis, erroneam ſolutionem facio.* Sane Imperatori nec in mentem veniſſe ut verum diſtractum ſtatueret, id convincit quod inter quaſi contractus refert. Quid autem contractui ſimilius quam contractu? quid diſſimilius & repugnantius diſtractu? Nec igitur ex eo quod dicit Imperator animum diſtrahendi habere indebitum ſolventem, quiſquam inferat eum ſenſiſſe quod vere diſtrahat. Ubi enim ſola numeratio non facit, ut ſit contractus, propter defectum voluntatis obligandi: ita nec ſola voluntas liberandi efficit diſtractum, ob defectum obligationis, quæ nulla præceſſit. Nam ut in contractu reali duo requiruntur coniunctim; numeratio & animus obligandi: *L. 19 pr. de reb cred.* ita & in diſſolutione eius duo adſint neceſſe eſt: voluntas liberandi, & nexus obligationis, quo, qui liberatur, obſtrictus fuerit. Quare Cuiac. qui 8. *Obſ.* 34 ſimpliciter ſcribit: *indebiti ſolutio eſt diſtractus, non contractus,* ſi vere ita ſenſit, nec rudius loquutus eſt; fœde lapſum non inficior.

Digitized by Google

D. ſi certum pet. Item qui dat, neque hoc animo eſt, ut quemquam ſibi obliget, eum quoque neminem ſibi obligare. *L. in hoc iudicium*, §. 1. illic, *diverſum eſt enim*, *D. com. divid.* At volunt illi ex indebito ſoluto obligari eum, qui accepit. Obligatio enim ex quaſi contractu quam illi ſtatuunt, nihilominus obligatio eſt. Quare ut hanc ſententiam retineant, vel ipſis auctoribus ſuperior ratio repudietur, neceſſe eſt; aut fateantur imprudentes ſe id negare, quod prius poſuerant, quodque unum præcipue ſtatuere, illis propoſitum eſt. Poſtremo ut certius, ac velut uno intuitu ſemel cernatur, quam ſuperior ratio aut eos lædat, aut certe nullo modo iuvet, ſic mecum hoc dilemmate colligas. Cum quis indebitum per errorem ſolvit, & in hoc errore animus illi eſt diſtrahendæ obligationis, non contrahendæ, aut volunt eum animum adverſus ſolventem eſſe ſpectandum, aut non eſſe. Si ſpectari volunt, eadem opera volunt ſolutum non repeti, quia qui hoc animo eſt, ut ſolvat & diſtrahat obligationem, idem hac mente eſt, ne unquam repetat, alioqui non ſit ſolutio. *L. qui ſic*, 55. *D. de ſolut.* At illo modo nulla naſcetur obligatio, quod & falſum eſt, & eſt adverſus eorum ſententiam. Quod ſi [a] nolunt hunc animum ſpectari, ut certe non debet, ne ſolventi error facti noceat, quod omnes fieri debere concedunt, quorſum hunc animum in hac re ingerere, cuius nullam rationem habendam eſſe fateantur? Satis igitur probatum arbitror, non eſſe hanc ſpeciem obligationis ex diſtractu, proinde nec ex quaſi contractu, quando hoc poſterius ex illo priore ſolum effici voluerunt. Quod ſi ex quaſi contractu non eſt, fit, ut omnibus aliis cauſſis obligationis remotis, una ſuperſit cauſſa contractus, ex qua hæc naſcatur obligatio. Et vere hoc ita eſt.

IV. Nec quiſquam moveatur eo, quod qui indebitum ſolvit per errorem, quatenus id facit, non eſt hoc animo ut contrahat obligationem, ſed ut diſtrahat. Animadverti enim debet, in eo qui indebitum iſto modo ſolvit, duplicem animum eſſe, ſub diverſis conditionibus, quorum unum ſpectari oporteat, alterum non oporteat. Unus animus eſt, ut qui ſolvit, diſtrahat obligationem, nec unquam ſolutum repetat, ſed ſub conditione, si debitum sit, quod ſolvit. Alter animus eſt ſub contraria conditione, tacitus quidem, ſed tamen ex verbo ſolvendi intellectus, ut ſi indebitum ſit, quod ſolvit, ſibi reddatur, ut ſuperiore capite oſtendimus. Priorem animum, quia ab errore facti proficiſcitur, ſpectare nec poſſumus, nec debemus. Primum quia vere is animus non eſt, qui conſenſum non habet. Deinde quia facti error ita habetur, ut etiam in conſenſu (ſi modo errantis ullus conſenſus eſſe poteſt) erranti nocere non debeat. *L. regula*, *D. de iur. & fact. ignor.*

V. Reſtat igitur, ut quoniam unus ex his animus ſpectandus eſt, priore remoto poſteriorem ſpectari oporteat. Et vero id ita faciendum eſt; quia qui ſolvit vere hoc animo fuit, ut repeteret, ſi ſolutum debitum non eſſet: & indebito vere ſoluto conditio ſuperior vera fuit: quæ ideo non diſtulit obligationem. *L. conditiones*, *Inſtit. de verbor. obligat.* Iam vero hic animus conventionem de indebito reddendo in ſe habet. Atque ex hac conventione contractus. Sic fit, ut obligatio in hac ſpecie ſemper ad contractum neceſſario revolvatur. Nec moveamur eo, quod hæc conventio tacita eſt, & præter id, quod aperte agitur. Iam enim dixi ad vim & effectum conventionis nihil intereſſe, utrum verbis expreſſa ſit, an tacita. *L.* 4. *D. de pact.* quia conſenſus in conventione tantum quæratur: qui quomodo declaretur, nihil intereſt. Et hactenus de ſuperioribus locis abunde reſponſum puto.

VI. Sunt qui alio argumento conentur probare, condictionem indebiti ex contractu non eſſe; nempe hoc, quod dicitur hæc condictio ex bono & æquo introducta. Sic enim ſcriptum eſt in *L. penul.* D. de condict. indeb. *Hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum ſine cauſſa deprehenditur, revocare conſuevit.* Hoc vero de nulla obligatione quæ ſit aperte ex conſenſu, dici legimus. An non igitur hoc ipſum argumentum eſt non eſſe etiam hanc obligationem ex conſenſu?

VII. Et dici poterat, quod ex verbis apparet, ſuperiorem definitionem eſſe non de repetitione & condictione indebiti, ſed de condictione ſine cauſſa. Quæ ſane multis in cauſſis naſci poteſt aliunde, quam ex contractu. Nam & quod furtivum eſt, apud furem eſt ſine cauſſa. Sed volo definitionem ſcriptam de condictione indebiti, quando ita verba ſunt; *hæc*

[a]) Non ſpectatur animus apertus ad hoc ut illi noceat, impediatque repetitionem. At idem tamen facit quo minus verus contractus haberi poſſit, quia qui liberare voluit, obligare noluit.

condictio; quæ verba ſi ad *Titulum* cui ſubiiciuntur, referantur, non poſſunt intelligi de alia condictione, quam quæ ſit *Tituli* propria. Et certe ſi repetitio ob rem dati dicitur ex bono & æquo dari: *L. in ſumma*, 65. §. *quod ob rem*, *D. de condict. indeb.* multo iuſtius dicetur condictio indebiti inde quoque eſſe, cum in hac conventio repetendi ſit obſcurior. Ut eo magis in ea rationem æquitatis haberi oporteat ad repetitionem, quo minus aperte verbis & voluntate dantis conventio adiuvatur. Sed non ſunt hæc contraria, obligationem indebiti ex conventione & contractu naſci, & eamdem ſimul introductam ex bono & æquo. Exemplo eſt precarium: ex quo itidem actio dicitur ex bona fide oriri. *L.* 2. §. *penult. D. de precar.* Quod nihil aliud ſignificat, quam eam oriri ex bono & æquo, ut hoc verbi explicatur in §. *in bonæ*, *Inſtitut. de action.* Et tamen hæc ipſa actio eſt ex contractu. Eſt enim actio præſcriptis verbis, ut traditur in eadem. *L.* 2. §. *penult. de precar.* Non eſt autem actio præſcriptis verbis, niſi ex contractu. *L.* 3. *D. de præſcript. verb.*

VIII. Cur ergo obligatio & repetitio indebiti dicitur naſci ex 3 æquo & bono potius, quam mutui, commodati, depoſiti, in quibus obligationem re contrahi diximus? Quia in ſuperioribus contractibus obligatio etiam ex verbis recta naſcitur, ut nihil hic neceſſe ſit ad ſolam rationem æqui & boni confugere, ut obligatio aut actio admittatur: in indebito naſcitur etiam contra ſignificationem verborum. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt in uſu iuris cum verba pugnant cum ſententia, ibi ſubtilitatem verborum benignitati opponi, eique cedere. Hoc ſenſu, ut intelligamus verba omittere nos, ſequi ſententiam: &, quoniam ſit hoc contra verba, ideo admitti ſolum benignitatis ratione ſuadente. Hoc in *L. ſi tibi pecuniam*, in fin. *D. ſi cert. petat.* Benigne autem quid interpretari, valet ex æquo & bono, ſeu ex eo, non quod ſubtilitas verborum exigit, ſed quod dictat ratio naturalis. *L. non ſine*, *C. de bon. quæ liber.* Hoc autem dictat, ne verba ſequamur contra ſententiam, ſed contra potius ut ſententiam omiſſis verbis: cum verba inventa ſint, non quæ obſtent; ſed quæ ſerviant hominum ſententiis. Quæ ſi ſine verbis intelligi poſſent, verbis non egeremus. *L. penult. D. ad exhib.* §. *ſiquidem. Inſtit. de legib.* Atque hoc in obligatione indebiti ſoluti accidit. Nam qui ſolvit per errorem, ſubtilitate verborum tantum abeſt, ut repetitionem habeat, ut his verbis maxime repetitio excludatur. Quippe his hoc agit, ne repetat. Dicit enim ſe ſolvere. At ſolvere eſt ita dare, ut nunquam repetas. Unde qui ſic dat, ut repetat, non liberatur, id eſt non ſolvit obligationem. *L. qui ſic*, *D. de ſolut.* Et tamen adverſus hanc ſignificationem verbi, obligationem hic admittimus; qua ratione? nempe ex ſententia tacita, & tacita conventione contrahentium. Quæ quia accipitur contra verba, benigna interpretatione, ideo dicitur obligatio hinc inducta ex æquo & bono. At unde intelligitur hæc ſententia, cum verba aperta repugnent? Dixi ſupra ex errore ſolventis. Dum enim ſolvebat errans, ſimul hoc animo erat, ne repeteret, quia putabat ſe debere. Etſi autem in hoc errore non addebat conditionem ſi deberet, cum ſe debere certo ſibi perſuaderet: tamen ex eo quod tanquam debitum ſolvit, ſatis intelligimus tacite hunc ſenſum eius eſſe, ut ſi interrogetur, an velit ſolutum indebitum, reſponſurus ſit ſe nolle; & ſi poſtea apparuerit tale eſſe, quod ſolvit, velle ſe ut reddatur. Quo animo etiam & lege accipere intelligitur, qui tanquam debitum ſolutionis cauſſa accipit. Hanc ſententiam & tacitam conventionem veteres agnoſcentes etiam ex ea actionem dederunt: quia benignum erat, quia æquum & bonum. Idque duplici nomine: primum quia ex ſententia: deinde quia cum opinio ſolutionis nata ſit ex errore facti, nihil magis æquum ſit, quam hunc errorem ſolventi non nocere. Proinde nec animum non repetendi, quando hic animus ex eo errore naſcitur. Ita in ſumma obligatio indebiti ſoluti naſcitur ex eo quod agitur inter dantem & accipientem. Sed hoc ipſum agi non ex verbis quæ repugnant, ſed interpretatione voluntatis ex bono & æquo accipitur. Fitque hoc modo illud, quod in hoc genere obligationis initio poſuimus, obligationem indebiti naſci illam quidem ex conventione, ſed ex conventione longe diverſa ab ea, quæ eſt in mutuo, commodato & ſimilibus, quia in his aperte & principaliter id agatur, ut reddatur quod datum eſt, verbo ipſo dandi hanc conventionem indicante: in indebito autem ſoluto inſit ea conventio reddendi,

quæ

3) Ideo ex æquo, quia non ex rigore iuris, quo videbatur repetitio deficere, quia dominium ab eo cui ſolutum, ſine facto ſuo diſcedere non debeat *L.* 11. *de R. I.* Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 1. Hopper. *Lib.* 1. *rubarin Tit. de Indeb. ſolut. pag.* 20.

quæ nec exprimatur verbis, nec vi & ſignificatione dandi contineatur: colligatur tamen contra ſignificationem verborum ex ſententia.

C A P. X V I I I.

Condictio indebiti Cui detur, Adverſus quem, Quid in eam veniat.

Partitio rerum, atque ordo. I.
Indebiti condictio illi competit qui ſolvit indebitum. II.
Solvens ille eſt, qui ſuo nomine ſolvit; & alius præterea, cuius nomine facta ſolutio. Poſterioris exempla. III.
Procurator generalis indebitum ſolvens, niſi dominus ratum habeat, ipſe condicit, non dominus; & quare. Interpretatio L. 6. *in pr.* & §. ult. D. de condict. indeb. IV.
Cur mandanti, aut ratum habenti datur indebiti condictio. V.
Heres inſtitutus amiſſa hereditate, indebiti condictione non repetit legata ſuo ipſius nomine ſoluta; ſed legitimus heres; & quare. VI.
At idem æs alienum hereditatis indebite ſolutum repetit. Cur tam varie. VII.
Si duo amplius ſolvant, quam quantitas fuit ab utroque debita: utrique ne, an alteri dumtaxat condictio competit. VIII.
Quid ſi duo cum rem unam debeant, duas tamquam debitas errore ſolvant. IX.
Indebiti condictio adverſus eum, qui accepit indebitum ſive per ſe, ſive per alium. X.
In hanc condictionem veniunt res principaliter debita, & eius acceſſiones. XI.
Res debita reddi debet eadem ſi exſtat; aut eius æſtimatio, ſi accipiens factus ſit locupletior. XII.
Alia ſi redditur; perpetuo & ſemper condici, & repeti poteſt. XIII.
Qui partim debitum ſolvit, partim indebitum; aut ex duobus diſiunctim promiſſis ſolvit utrumque, aut amplius quam debuit. XIV.
Priori in ſpecie utrius repetendi cui detur optio. Veterum de eo diſſenſio; & quorum ſententia a Iuſtiniano probata. XV.
L. plane 21. D. de cond. indeb. *non fuit abrogata per* L. *penult.* cod. de cond. ob cauſ. dator. XVI.
In poſteriore, an pars tantum indebita, an totum quod ſolutum eſt repetendum. Ulpiani diſtinctio. XVII.
Acceſſiones rei debitæ, ſi accipiens ex iis ditior eſt factus, reſtituendæ. Quæ huiuſmodi. XVIII.
In fructuum, & pretii reſtitutione quæ huius condictionis propria; & differentia a reliquis. XIX.
Superiora veniunt in indebiti reſtitutionem, quatenus accipiens factus locupletior. Quæ hinc conſectaria. XX.

I. Satis igitur conſtitutum puto repetitionem indebiti eſſe actionem in perſonam. Ideo ex obligatione naſci: obligationem autem eſſe ex contractu: contractum ex genere eorum, in quibus obligatio re contrahitur, ut merito fuerit & ad hoc genus atque hunc locum referenda. Cui detur, Adverſus quem, Quid in eam veniat, ſingula prope eiuſmodi ſunt, quæ hic propria quædam habeant ad rationem huius condictionis pertinentia. Quare & de his paucis agam.

II. Et dicitur condictio indebiti dari ei [1] qui non debitum ſolvit. §. *is quoque, Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Idque ita intelligi neceſſe eſt, ſi is qui non debitam pecuniam ſolvit, ipſe eſt, qui negotium cum accipiente gerit, id eſt contrahit, ut gerere dicitur in *L. ſi in area,* 33. *D. de condict. indeb.*

III. Sed ſolventem accipere debemus, maxime quidem eum, qui ſolvit ſuo nomine: ſed tamen & eum cuius nomine ſolutum eſt, ſi modo qui ſolvit, tutor eius eſt,

[1]) Eiuſque heredi *L.* 12. *h. t.* Nec impedit hanc condictionem renunciatio generalis *L. ult.* §. 3. *h. t.* ut ſi in ipſa ſolutione convenerit ſolvens, ſe nullam controverſiam moturum, quia eodem errore id promittit ac paciſcitur, quo ſolvit. Unde quia error idem, in utroque non præiudicat, per *L. ſy. v. diverſum de Novat.* Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 7. Covar. 2. *Var. Reſol.* 4. *n.* 4. Gutier *de Iuram. confirmator. p.* 1. C. 2:. Iac. Gouteç. *in L.* 2. C. *de reſc. vend. pag.* 123. *& ſeq.* Quid autem ſi ſolvens renunciavit condictioni indebiti, condictione ſine cauſſa, & omni legum auxilio? Sunt qui hanc renunciationem non valere putant, tum per *d.* §. *pen.* tum quia idem error in renunciatione, & ut indebite ſolvit, ita & indebite renunciavit: tum quod nemo intelligatur renunciare iuri ſuo, quod vel ignorat ſibi competere vel dubitat. Et hæc ſententia communior, teſte Vaſq. *d. C.* 63. *n.* 9. cui & accedit Duar. *h. t. C. ult.* Diſſ. quodammodo Covar. *d. n.* 4.

eſt; aut is cuius nomine ſolutum eſt, mandavit ſolvi ſuo nomine, vel ſolutum ratum habuit. Utputa tutor pupilli nomine indebitum ſolvit; Pupilli condictio eſt. *L. cum indebitum*, 57. *D. de condict. indeb.* Item qui fideiuſſerat pro eo, qui indebitum promiſerat, ſolvit ſtipulatori non fideiuſſor condicet, ſed promiſſor, quaſi qui pro ſe fideiuberi mandans, etiam ſolvi mandaverit. *L. indebitum*, 47. *D. eod.* Procurator quoque meus, cui ſpecialiter mandaveram, ut meo nomine ſolveret indebitum, ſi ſolverit; mihi condictio dabitur, non procuratori.

IV. Nam ſi is fuit, cui generaliter omnium bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, indebitum nomine domini ſolutum non aliter dominus condicet, quam ſi ipſe ratum habuerit: quo ratum non habente, ipſe procurator condicet, non dominus. Quæ ſententia eſt Pauli in *L.* 6. in princ. *D. de condict. indeb.* Ac ſe de eo procuratore loqui Paulus indicat, cum paulo poſt priorum actorum rationem reddens, orationem confert ad eum quem dominus rerum ſuarum procuratorem conſtituit. Is autem eſt procurator omnium bonorum. Quod ut non ſubieciſſet, tamen procuratoris verbo abſolute poſito, eumdem iſtum procuratorem intelligeremus ex uſu veterum, qui & hoc verbum ita uſurpant. Teſtis Cicero in *orat.* pro Cecinna. Cur ergo hoc procuratore indebitum nomine domini ſolvente, ad condictionem indebiti domino dandam, domini ratihabitionem exſpectamus? Quia cui bonorum adminiſtratio permiſſa eſt; quantumvis generaliter & nominatim omnium permiſſa ſit; nihil tamen de indebito ſolvendo mandatum ei intelligitur. Nam neque indebitum ex bonis domini eſt, neque eius ſolutio ad domini utilitatem ullo modo pertinet. Quod ſi domini ratihabitio in huius procuratoris perſona interveniens condictionem indebiti ab eo ſoluti in dominum transfert: multo magis eamdem domino præſtabit eius mandatum, ſi ſpecialiter de indebito ſolvendo mandaverit. Sed ſi procuratorem eum intelligit Paulus, quem diximus: quid eſt, quod ipſe in eadem *L.* 6. *§. ult. de cond. ind.* ita ſcribit: *Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem ſolventes repetere poſſe, neque intereſſe, ſuam pecuniam, an pupilli vel domini ſolvant?* Loquitur nimirum Paulus & hic, & in *principio capitis* de eodem procuratore, quem dominus rerum ſuarum procuratorem conſtituit. Sed in principio nominatim de eo, qui indebitum ſolvit, unde & ſoluti repetitionem dat. In *extremo* autem cum procuratorem ſimpliciter proponat ſolventem; de eo loqui eum intelligere debemus, qui vere ſolvat, nempe debitum. Verba enim cum effectu accipere debemus. Neque vero ſolvit quiſquam, niſi qui aliquem obligatione liberat: nec liberatur quiſquam, niſi qui debuit. Unde merito procuratorem ita ſolventem repetere poſſe negat. Neque hæc ſententia nullam dubitationem habet, procuratorem pro domino debitum ſolvendo repetere non poſſe. Quid enim, ſi pecuniam ſuam ſolvat, dum putat eſſe pecuniam domini? Et hoc eſt, quod dicitur eum ſolventem uſque adeo repetere non poſſe, ut nihil interſit, ſuam pecuniam ſolvat, an domini.

V. Sed cur ei, cuius nomine indebitum ſolutum eſt, quamvis mandanti aut ratum habenti datur condictio indebiti, cum regula iuris vetet per liberam perſonam alteri actionem acquiri. *§. ex his, Inſt. per quas perſ. nob. acq. C. eod.* Eo fit, quod cuius nomine & mandatu pecunia data eſt, perinde habetur, [2] quaſi ipſe dediſſet: ut ſic ei non iam per alium, ſed quaſi ipſe dediſſet, ita ei per ſemetipſum actio acquiratur. Dicere enim ſolemus, nihil intereſſe, utrum per ſe quid faciat quis, an vero per alium. *L.* 5. *§. geſſiſſe, D. de adm. tut.* Aliud ſervatur in procuratore, qui mandatu domini aliquid ob cauſſam dedit, quæ cauſſa poſtea ſecuta non eſt. Placet enim tum condictionem ob cauſſam dati non domino competere, ſed procuratori, qui dedit. *L. qui ſe debere, D. de cond. ob cauſ. dat. L. dominus*, 53. *D. de cond. ind.* Quod enim alterius nomine datur ob cauſſam, cauſſa non ſecuta eius nomine dari non intelligitur.

VI. Interdum tamen, etſi quis ſuo nomine indebitum ſolvit, nihilominus alii condictio competit. Quod accidit in eo hereditatis poſſeſſore, qui teſtamento inſtitutus, quod iure valere videbatur, poſtea legata eo teſtamento aut codicilli relicta [3] ſolvit: deinde evincatur ei hereditas,

2) At pariter dicere liceret cuius nomine quis ſtipulatus, emit, locavit, &c. perinde haberi ac ſi ipſe ſtipulatus eſſet, emiſſet, locaſſet. Ut non obſcure hinc liquet, clarius autem ex iis quæ ſequuntur, hanc obligationem ex contractu non eſſe, ſed quaſi ex re actionem naſci & tantum attendi quis, quatenus, cuius cum detrimento locupletior redditus.

3) Sive ſoluta ſint ex teſtamento, quod poſt falſum vel inofficioſum apparuit, ut *d. L.* 3. & 4. ſive ex teſtamento iuſto quidem, ſed reſtitutione contra aditionem poſtulata, quia hereditas non ſolvendo, ubi propterea legata indebita, quia potior cauſſa æris alieni; ut *d. L.* 5. *§.* 1. exponit contra Accurſium & Cuiacium Ant. Fab. *ad L.* 22. *de minor.*

tas, aut is hereditate ſe abſtinuit, pupillus nempe, aut minor vigintiquinque annis. Hic, inquam, placuit non ei poſſeſſori condictionem dari, ſed legitimis heredibus qui hereditatem evicerunt, aut iis ad quos ex abſtentione redit hereditas. *L.* 2. 3. 4. 5. *D. de condict. ind* Cur ergo his, cum nec ipſi indebitum ſolverunt, nec ſolutum eſt eorum nomine? Quia ab initio quidem res ita geritur, ut obiicitur, ſed eventus poſtea utrumque mutat. Nam poſtquam hereditas a poſſeſſore ad iſtos pervenit, poſſeſſor hoc animo eſſe incipit, ut quæ legata ſuo nomine ſolvit, velit ſoluta verorum heredum nomine, & veri heredes in ea cauſſa eſſe incipiunt, ut perinde habeantur, quaſi ipſi ſolviſſent. Quia ſolutum ad eos pertinet. Nam poſſeſſor ſi bona fide de bonis hereditariis ea ſolvit, non debet id damnum præſtare; quoniam non tenetur ultra, quam locupletior factus eſt. *L. ſed etſi lege*, 25. §. *conſuluit*, *D. de hered. pet.* Si ſolvit de ſuo, ſoluta imputat veris heredibus. *L. quod ſi poſſeſſor*, 17. *D. eod.* Qui ſi non reputarit, nihil cauſſæ eſt, cur vero heredi, ad quem ea ſolutio non pertinet, & cuius nomine nihil ei abeſt, detur repetitio. Sed hoc in legatis indebitis a poſſeſſore hereditatis ſolutis locum habet.

VII. Alia cauſſa eſt æris alieni, quod poſſeſſor indebitum ſolverit iis, quos creditores hereditarios bona fide exiſtimavit. Id ille vero heredi reputare non poteſt, ut perinde habeatur, quaſi verus heres ſolviſſet. *L. item veniunt*, 20. §. *ſed etſi ſenatus*, *D. de her. pet.* Ideo & poſſeſſor condicet, non verus heres. Atqui & legata & æs alienum iſtud pariter indebita fuerunt, & pariter utraque poſſeſſor bona fide præſtat. Cur ergo illa imputat heredibus, hoc non imputat? Quia in legatis teſtamento aut codicillis relictis, dum illa poſſeſſor debita putat, hic error illi a teſtatore naſcitur, qui ea reliquit, & hunc heredem inſtituit. Factum teſtatoris non eſt æquum illi nocere, ſed potius eius heredibus. Cum autem ſolvit indebitum tanquam creditoribus hereditariis, qui creditores non ſunt, etſi hos æque bona fide creditores eſſe putat, & his ſolvendo non minus rem bona fide gerit; tamen hic error aut illi a ſeipſo, aut a creditoribus naſcitur: quorum neutrum vero heredi fraudi eſſe debet.

VIII. In hac parte oritur interdum dubitatio, ex multis qui ſolverunt, quibus potiſſimum detur ſoluti repetitio. Quæ dubitatio in duobus qui eamdem rem aut ſummam debent, & amplius quam debetur, ſolvunt, incidit. Eſt, puta, reus, qui decem debet, & huius fideiuſſor; ſunt duo fideiuſſores, aut duo rei debendi eiuſdem pecuniæ. Pro decem ambo viginti ſolverunt. Utrum ambobus condictionem dabimus, an alteri, & utri? Quæſtio in eo eſt, quis indebitum ſolverit, & quantum: quo explicato res eſt expedita. Nam ſi uterque indebitum ſolvit, eatenus uterque condicet. Si alter, is ſolus. Quid autem horum ſit, hac diſtinctione conſtituetur, quæ in hoc a veteribus uſurpata, ex diverſis locis colligitur. Intereſſe dicemus, utrum hi pariter ex eodem tempore plus debito ſolverint pro decem viginti: an vero diverſis temporibus. Si eodem tempore; quod pariter indebitum ſolverunt, pariter condicent, id eſt viginti ſolutis quina. *L. ſi pœnæ*, 19. §. *ult.* & *L.* ſeq. *D. de condict. indeb* Si diverſis temporibus: non poteſt non eſſe debitum, quod a priore intra quantitatem debitam ſolutum eſt, eoque nec is repetet. Solus indebitum ſolvit, quia ultra debitum ſolvit poſterior. Proinde & is condicet ſolus, & condicet eatenus, quatenus indebitum ſolvat. Utputa reus decem debuit. Is tria ſolvit. Poſtea fideiuſſor ab eo datus tria illa ſoluta ignorans ſolvit decem, quantum ſcilicet a reo prius debebatur. Solus hic repetitionem habet fideiuſſor, & ſola repetet tria, quæ ſola ex decem ſolutis indebita fuerunt. Nam tribus antea ſolutis ex decem, reſtabant ex ea ſumma ſolum ſeptem, quæ debebantur. Sic fit, ut fideiuſſor decem ſolvens intelligatur tria indebita ſolvere: quæ ideo ſolus condicet. Hoc in *L. cum duo*, 25. *D. de condict. indeb.* Sed huic diſtinctioni locus eſt in pecunia ſoluta.

IX. Diverſum eſt, ſi duo rei ſpeciem unam debuerunt, & errantes duas tanquam debitas ſolverunt, finge, cum deberent diſiunctim Stichum, aut Pamphilum; utrumque ſolviſſe, dum ſe utrumque coniunctim debere falſo exiſtimant. Si pariter, ſive diverſis temporibus hos ſolverint, placet neque ambobus ſimul, neque etiam priori aut poſteriori alterutrum repetenti condictionem dari, ſed ei, cui creditor conſtituerit ſe redditurum, & etiam creditoris utrum reddat, eſſe electionem. *L. plane*, 21. *D. de condict. indeb.* Huic loco contraria videri ſolet conſtitutio Iuſtiniani in *L. pen. C. de condict. indeb.* Ubi ille, in ſpecie, ut videtur, non diſſimili electionem ſolventi dedit, non accipienti. Sed quoniam conſtitutio non loquitur de pluribus reis debendi, quorum ſinguli debeant: ſed de duabus rebus, quæ

diſiun-

Digitized by Google

disiunctim debeantur ab uno ſolo; quæriturque, utraque ſoluta, non quis condicat, ſed quæ res condicatur: melius eſt eius conſtitutionis explicationem differri in eum locum, in quo quæritur, quæ res in hanc condictionem veniant, ubi ſimul de conſenſu horum locorum opportunius dicetur.

X. Ut ei, qui pecuniam indebitam ſolvit, ſoluti condictio datur, ita is tenetur condictione ſolum cui pecunia quoquo modo ſoluta eſt, non cui profecit. *L. bis ſolis* 49. *D. de condict. indeb.* Ut ſi proponas ſoluta tibi a me centum indebita, te accepta dediſſe mutua Titio, aut in rem eius impendiſſe, puta prædium ex ea pecunia eius nomine emiſſe; non ideo mihi cum Titio ulla actio ſit, cum quo nullum negotium geſſi, quantumvis illi ſoli hæc pecunia proficiat: ſed ſolum adverſus te, cum quo contraxi. Quod & in mutuo receptum eſt. *L. cum qui L. non adverſus, C. ſi cert. pet.* Sed & hic eum cui pecunia ſoluta eſt, accipere debemus eodem modo, quo prius eum, qui dedit: ut quemadmodum dediſſe videtur, cuius nomine data eſt, dum eius mandatu: ſic accepiſſe intelligatur is, cuius nomine acceptum eſt, ſive is accipi mandavit, ſive ſolutum ratum habuit. Et ideo ſi procuratori meo indebitum ſolutum eſt, mihi ſolutum videtur, eoque & teneor condictione ſive ei mandavi, ſive ratum habui. *L. 6. D. de cond. ind* Nam & hic valet illud, quod ſupra dixi, unumquemque facere videri, quod per alium faciat. *L. 5. §. geſſiſſe, D. de adm. tut.*

XI. Veniunt in hanc actionem & reſtitutionem duo; res principaliter debita, & rei debitæ acceſſiones, quæ ad eum, qui rem accepit, pervenerunt. *L. indebiti, 15. D. de condict. indeb.*

XII. Res hic principaliter debita ut plurimum eadem ſpecies eſt, quæ ſoluta eſt; interdum alia, quæ & ſola condicitur. Res eadem ſemper, niſi ſi natura rei ſolutæ aliam reddi poſtulet, de quo mox. Ipſum quidem, quod ſolutum eſt, repeti, actionis nomen declarat. Dicitur indebiti ſoluti condictio, *d. L. indebiti, 15. eod.* Ut intelligamus idipſum ſolutum condici. Sed & hoc ita debetur, [4] ſi extat, aut qui accepit, ex eo factus eſt locupletior. *L. ſi non ſortem, 26. §. libertus*, illic, *ut puta fundum. D. eod.* Re amiſſa caſu aut deteriore facta, quod quidem ſine mora accipientis contigerit, detrimentum dantis eſt, non accipientis, non dico ſi caſu res perierit amiſſave ſit, quod certum eſt, & cum aliis contractibus omnibus commune. *L. quæ fortuitis, C. de pigner. act. L. contractus, D. de reg. iur.* Sed etſi facto ipſius accipientis. Ut, ſi is rem acceptam donaverit, ſervum ſolutum manumiſerit, si diſtraxerit, ſed minimo. *L. in ſumma, 65. §. penult. d. L. ſi non ſortem, 26. §. libertus, D. de condict. indeb.* Nam cum dominus rei eſſe cœperit traditione, potuit ut de re ſua pro arbitrio ſtatuere. *L. in re, C. mand.* Nec ei oberit, quod eam debuit. Ignoravit enim ſe debere, & quidem iuſtiſſimo errore facti, utpote eo, cuius cauſſam etiam a ſolvente acceperit, dum & is tanquam debitum ſolvit. Hic vere diximus locum eſſe illi regulæ iuris, errorem facti in damnis amittendæ rei ſuæ nulli nocere debere, in quibus ne error quidem iuris noceat. *L. iuris. L. error, D. de iur. & fact. ignor.*

XIII. Sed hactenus, ut dixi, debetur, & repetitur res eadem, quæ ſoluta eſt, dum natura rei id patiatur; quæ interdum aliam deberi cogit, quod cum fit, aliud nimirum condici neceſſe eſt. Id accidit, cum aut res ſoluta, cuius fructus & pretium ad accipientem pervenit, eadem reddi non poteſt, aut res ſoluta eſt, quæ pondere, numero, menſurave conſtet. Ut res eadem vel ab initio reddi non poſſit, accidit in operis indebitis patrono aut domino feudi ſolutis, ac cur eædem reddi non poſſint, pluribus oſtendit Ulpianus in *d. L. ſi non ſortem, §. libertus.* Ergo in his placet deberi & condici æſtimationem, quanti ſcilicet is, cui ſolutæ ſint, conducturus fuerat, *d. §. libertus.* Sed & earum rerum, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, ea natura eſt, ut harum dominio tranſlato, si quid inde reddi debet, non eædem res debeantur, ſed tantumdem, id eſt aliæ eiuſdem generis & bonitatis. Quod quamobrem fiat, expoſui pluribus ad *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* Ergo si quid harum rerum indebitum ſolutum ſit per errorem, puta pecunia, vinum, oleum, frumentum certa quantitate; ſciamus hic non ipſum

4) Etſi proprietas translata, ea condicitur, ſin poſſeſſio illa tantum *L.* 15. § 1. *h.* Duar *h. t. C.* 19. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 63. *n.* 38. ita: Aut ſolvens putavit ſe obligatum in genere: & tunc ſi ſolvit pecuniam, aliaſve res fungibiles, repetit tantundem: *L. 7. h. t.* ſin res alias, vel illæ ſolutione extinguuntur, ut operæ: & præſtatur æſtimatio quatenus recipiens locupletior: *d. L.* 26. §. 12. vel non extinguuntur; & ſi extat res ipſa condicitur: *L.* 32. §. *ult. h. t.* ſin perierit nihil recipitur, niſi cui ſoluta eſt, rem ſuam auxerit. *d. L.* 32. *pr.* Aut in ſpecie, & ſi quod ſolutum eſt extat, ipſum repetit: *d. L.* 7. ſin non, interdum minus, ut in *L.* 65. §. *pen.* interdum nihil, ſi qui accepit in nullo locupletior *d. L.* 26. §. 12.

Digitized by Google

ipſum deberi & repeti, quod ſolutum eſt, ſed tantumdem. Et in his locum habet, quod traditur in *L. quod indebitum, 7. D. de condict. indeb.* his verbis: *quod indebitum per errorem ſolvitur, aut ipſum, aut tantumdem repetitur.* Hoc autem *tantumdem* valet, tantumdem quod ſit ex eodem genere, ut hoc explicatur in *L. ſi operas, 25. §. 1. D. de praeſcr. verb.* Et hoc eſt videlicet, quod dicitur in *§. is quoque. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* Ei qui indebitum ſolutum eſt, perinde condici poſſe, ac ſi mutuum accepiſſet. Utile eſt inprimis id a nobis intelligi, non ſolum ut ſciamus, quid hoc iudicio recte petatur; ſed etiam ut ex eo ſtatuamus de periculo & commodo rei indebitæ ex hoc genere ſolutæ. Nam si his rebus ſolutis non eædem debentur, ſed aliæ in genere, fit, ut periculum & detrimentum rerum ſolutarum sit non iam dantis, ut ſupra cum eadem res debetur; ſed accipientis, qui rebus acceptis amiſſis nihilominus ſemper eaſdem illas alias debiturus ſit, quas ab initio debere cœperat, ut & in mutuo accidit. *§. item is, Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Nam hæ aliæ, cum ſint incertæ utpote in genere debitæ, non poſſunt dici periiſſe, quamdiu ex eodem genere exſtabunt aliquæ; quæ præſtari poſſint. Ut proinde dici non poſſit debitor earum interitu liberari. Poſſunt quidem illæ quæ datæ ſunt, quia certæ datæ ſunt, omnibus caſibus furtuitis perire: ſed ideo earum interitu liberatur is, cui ſolutæ ſunt, quia non ſunt debitæ. Regula autem iuris facit, ut debitor interitu rei liberetur non cuiuslibet, ſed ſolum debitæ. *L. quod te, 5. D. ſi cert. pet. L. ſi ex legati, 23. D. de verb. obl.* Ex eo iam & de commodis earum rerum iudicetur. Nam ad quemcumque periculum rei pertinet, ad eum placet & commodum pertinere. *L. ſecundum, D. de reg. iur. §. cum autem, Inſt. de empt. & vendit. L. unica, §. cumque C. de rei ux. act.*

XIV. Et hæc de re principaliter debita ita certo ſe habent, cum res quæ indebita ſoluta eſt, in totum fuit indebita. Quod ſi ex his quæ ſoluta ſunt, quædam fuerunt debita, quædam non fuerunt, hic nonnunquam dubitatio oriri ſolet, quid ex his repetere liceat. Quam dubitationem animadverto duabus in cauſſis incidere ſolere. Una eſt, cum duabus rebus diſiunctim promiſſis, debitor utramque coniunctim debitam putans, utramque ſimul ſolvit. Altera eſt, cum qui unam rem certam debebat, ſolvit amplius quam debebat, tantum ſe debere exiſtimans.

XV. Prior cauſſa ita ſe habet: propone eum, qui Stichum aut Pamphilum debuerit, utrumque ſolviſſe per errorem quaſi coniunctim debitos. Quæritur qui utrumque ſolvit, quando unum tantum debuit, utrum ex his poſſit condicere, eumne quem ipſe velit, ut ei repetendi electionem demus, an vero eum, quem velit is, qui utrumque accepit: ut in ſolvendo eius ſit electio, utrum reddat. Hic variant ſententiæ veterum Iuriſconſultorum, rationibus iuris rem in varias partes diſtrahentibus: quam controverſiam Iuſtinianus diremit in *L. pen. C. de cond. ind.* Marcellus, Celſus, Ulpianus exſtimarunt creditori arbitrium dandum, quod vellet retinendi, proinde & quod vellet, reddendi, ut hoc ſolum in condictione eſſet, quod vellet reddere, ut refertur in *d. L. pen.* cuius ſententiæ tenue veſtigium licet obſervare. In *L. 1 ſi non fortem, 26. §. ſi decem,* in fin. *D. de condict. indeb.* Hoc illi non temere, ne quis ſtatim tanquam illis indignum reſponſum reiiciat. Secuti ſunt in eo regulam generalem iuris de pluribus rebus diſiunctim promiſſis, aut aliter debitis, quæ docet in hoc genere electionem eſſe debitoris quam det. *L. plerunque, 10. §. ult. D. de iur. dot. L. 2 §. Scævola, D. de eo quod cert. loc.* Iam vero cum de indebito ſoluto reddendo agitur, ut nunc agitur, apparet in hac repetitione eum debitorem eſſe, a quo id exigitur. *L. debitor, D. de verb. ſignif.* Ita huic regulæ conſequens erat, ut huic quoque tanquam debitori electionem ſolvendi quod vellet, daremus: quod & ſuperiores fecerunt. Iulianus contra & Papinianus electionem repetendi ei dandam putaverunt, qui & ſolvendi ab initio habuit. Quam ſententiam Iuſtinianus ſuperiore conſtitutione confirmavit. *d. L. penult. C. de cond. ob cauſ. dat.* Et recte: nam ſi error facti ſolventi nocere non debet: quod & regula iuris traditur, & per ſe æquiſſimum eſt. *L. regula, L. 2. D. de iur. & fact. ignor.* omnino hæc æquitas facit, ut quod quis ante ſolutionem habuit, etiam ſolutionem per errorem ſecuta idem retineat. Qui autem illud aut illud debuit, habuit ab initio electionem dandi,

 Eeee utrum

1) Quam abrogatam eſſe, per *d. L. pen.* cenſent Duar. *h. t. C. 9. ſ.* 915. Cuiac. 8. *Obſ.* 35. Briſſ. *Lib. 1. de Sol. p.* 346. Contra Pac. 7. Q. 95. verba *quamvis utrumque &c.* ita ſaltem ex Iuſtiniani mente accipienda ut habeant ſolutionem. Si ſi [illegible], negatione conſecutionis &c.

utrum vellet. Æquum igitur, ut ſi utrumque per errorem ſolvit, eamdem electionem & poſt ſolutionem uſque habeat. Quod ita ſit, ſi ſit in eius poteſtate facere, ut utrum velit, apud creditorem maneat, ipſe uttum velit, repetat. Quid ergo ad id dicimus, quod regula iuris traditur, rebus pluribus diſiunctim promiſſis, debitoris electionem eſſe, quid det, non eius qui agit? Nempe hoc ſic intelligendum eſt, niſi debitor, ut huius aut illius rei debitor eſſet, per errorem adverſarii ſit conſecutus. Nunquam enim error adverſarii huic quidquam amplius dederit, quam ante iure ſuo habuit, ut quidem ſolventi per cauſſam erroris adimatur.

XVI. Hic iam illud tanquam contrarium occurrit quod ſupra attigimus, & de quo hic nos reſponſuros recepimus, quod legitur in [6] *L. plane*, 21. *D. de condict. indeb.* Proponantur illic duo rei debendi, qui debuerint Stichum aut Pamphilum. Qui iidem utrumque per errorem pariter ſolverint. Scribit Paulus hoc caſu electionem eſſe creditoris, cui velit ſolvere, ut alterius repetitio impediatur. Sed nihil eſt hic, quod ſuperiori ſententiæ & conſtitutioni Iuſtiniani adverſetur, ut non ſint audiendi, qui hanc Pauli ſententiam illa Iuſtiniani conſtitutione tolli putant. Multum enim intereſt, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque ſolvant, an vero unus qui idem debuerit, ſolus ſolvat utrumque. Cum unus ſolvit utrumque, quod diſiunctim debuit, is ut ante electionem dandi habuit, ita & poſt ſolutionem electionem utrum velit petendi babet; & poteſt etiam habere, quia duæ res ab eo diſiunctim debitæ electionem hanc admittunt. At cum duo duas res eodem modo debuerunt, & ſinguli unam ſolverunt, id eſt ambo pariter utramque, non poſſumus ſingulis electionem dare, utram petant, cum ſinguli unam a ſe ſolutam repetant; manifeſtum ſit autem in unam rem quæ a ſingulis repetatur, electionem non cadere. Sic ſit, ut hoc caſu electione petendi ſingulis adempta, ſoli creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relinquatur.

XVII. Altera cauſa fuit, quæ ſimilem dubitationem in ſe haberet de re, quæ condici poſſet, nempe hæc, cum is qui rem unam debuit, pro ea aliam maioris pretii, aut maioris quantitatis ſolvit, quam debuit, exiſtimans ſe tantumdem debere. Veluti, ſi qui centum debens, quaſi ducenta deberet, fundum ducentorum, aut oleum, vinum, frumentumve ad eam ſummam ſolverit. In quo quæritur, quid hic condici poſſit & debeat, utrum pars ſoluti tantum, an vero totum, quod ſolutum eſt, ut hoc recepto, præſtetur id ſolum, quod debetur. Res poſita eſt in facultate aut difficultate ſolutionis. Nam ſi pars commode recipi poteſt ſine incommodo dantis & accipientis, ipſam dumtaxat recipi oportet, ſolam enim partem indebitam fuiſſe conſtat. Si non poteſt, nihil relinquitur, niſi ut totum, quod ſolutum eſt, repetatur. Ex hac ratione hæc rerum diſtinctio traditur ab Ulpiano in *L. ſi non ſortem*, 26. §. [7] *ſi centum*, *D. de cond. ind.* ut ſi quidem res ſolutæ ſint quæ pondere, numero, menſurave conſtant, aut fundus quidem, ſed æſtimatus, ut hic æſtimatio ſoluta intelligatur magis, quam fundus; hic pars tantum repetatur, quia poteſt. Recipiunt enim hæ res numero ipſo diviſionem ita, ut partes omnes eiuſdem generis & bonitatis numero pares inter ſe idem præſtent; nec qui unam partem recipit, plus minuſve habeat, quam creditor, apud quem altera pars manſit. *L. cum Stichus*, 29. *D. de ſol.* Sin fundus aut ſimiles res non æſtimatæ datæ erunt, tum neceſſe ſit ipſum fundum totum repeti, quoniam pars ſine alterius iniuria recipi non poteſt. Etenim partem regionibus diviſam repeto? plus minuſve recipiam, quoniam non omnes regiones fundi ſunt eiuſdem utilitatis & commoditatis. Rurſum repeto indiviſam? in communionem cum creditore incido non ſine incommodo propter diſcordias, quas materia communionis ſolet excitare. *L. cum pater*, 77. §. *dulciſſimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob cauſſam bene Ulpianus in propoſito ait neminem compelli ad communionem. *d. L. ſi non ſortem*, §. *ſi centum*, *de cond. ind.*

XVIII. Ac de re ex indebito ſoluto principaliter debita, quæ & condici poſſit, ſatis dictum eſt. Veniunt, ut propoſui, in condictionem indebiti, & quidem iam ab initio ſine ulla accipientis mora, etiam rei debitæ acceſſiones, quæ quidem ad eum pervenerint, ſeu quibus factus ſit locupletior. Acceſſiones generaliter nunc voco omnia, quæ is qui indebitum accepit, ex re ſoluta conſecutus eſt. Quo in numero ſunt hæc: Quod rei ſolutæ accreſcit, ut per alluvionem. *L. indebiti*,

15. in

6) Cuiac. 8. *Obſ.* 35. caſum *d. L.* 21. ex dicta conſtitutione *L. pen. C. h.* excipiendum eſſe.

7) Et ibi confuſio ſignificat compenſationem. Vid. *not. ſupra C.* 7. *h. t.* Male itaque Hotom. 3. *Obſ.* 5. & 7. *Obſ.* 11. verba *cum pecunia* in d. *L.* 26. §. 4. expungit.

15. in princ. *D. de cond. ind.* Quod ex re ſoluta natum eſt, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus. *d. L. indebiti, L. in ſumma. 65. §. penult. eod.* Quod extrinſecus propter rem conſecutus eſt, cuius generis hæc tria, pretium re ſoluta, forte diſtracta. *L. ſi non ſortem, 26. §. libertus, eod.* Item ſervo ſoluto manumiſſo, ea quæ iure patronatus ad accipientem pervenerunt, ut operæ, munus, donum, liberti hereditas. *d. L. in ſumma, §. penult. eod.* Poſtremo ædibus ſolutis, merces habitationis, quanta is qui accepit ædes conducturus eſſet, quibus & ipſe uſus eſt. ead. *L. in ſumma, §. pen.* Nam & hoc ad eum perveniſſe intelligitur, cuius beneficio conſecutus eſt, ne ad eam ſummam in ſuo eſſet pauperior. *L. in pupillo, 47. D. de ſolut.*

XIX. In his propria quædam huius condictionis & ſimilium, ac veluti ſingularia notanda ſunt, ne forte exemplum cæterarum cauſſarum & actionum velut contrarium hic nos conturbet: nempe illa duo, & quod de fructibus rei ſolutæ, & quod de pretio eius diſtractæ diximus. Nam in cæteris cauſſis cum res debita petitur, non veniunt fructus ne ex mora quidem in ſtrictis iudiciis. *L. videamus, 38. §. ſi actionem, D. de uſur.* In hanc actionem veniunt iam inde ab initio ex quo ſunt percepti. *d. L. indebiti, 15. de condict. indeb.* Item re debita a debitore diſtracta, cuius ipſe dominus fuit, non ideo in cæteris cauſſis pretium debere incipit, qui antea non debuit. Unde evenit, ut ſi res diſtracta poſtea pereat ante moram, ipſe omni ex parte liberetur, ut nec pretium reſtituere debeat ante non debitum, nec æſtimationem rei, cuius interitu ſit liberatus. *L. venditor ex hereditate, D. de hered. vel act. vend.* contra, quam in indebito ſoluto atque hac condictione fieri reſpondemus. *d. L. ſi non ſortem, 26. §. libertus, de condict. indeb.* Cur hæc tam varie? Quia in cæteris cauſſis res debitas petimus, quæ noſtræ non fuerunt, aut ſi fuerunt, pervenerunt ad eos ex iuſta aliqua cauſſa noſtro conſenſu, ut ſignificatur in *d. L. videamus, §. ſi actionem, de uſur.* In hac condictione & ſimilibus petimus, quod nobis de noſtro abeſt, & apud alium eſt ſine cauſſa, utpote tanquam debitum ſolutum, quod debitum non fuit. Nihil æquius, quam ad nos redire id omne, quod de noſtro apud alium eſt ſine cauſſa. Unde & hæc condictio introducta dicitur ex æquo & bono. *L. penult. D. de condict. indeb.* Nihil magis ſecundum naturam, quam neminem de alieno locupletiorem fieri cum detrimento alterius. *L. nam hoc, 14. D. eod.* Hinc dicta hæc condictio naturalis, in *L. indebiti, 15. D. eod.* non ob aliam cauſſam, quam quod naturæ id eſt boni & æqui regula utitur ad res exigendas, quas in rebus noſtris, quæ ſine cauſſa ad alium pervenerunt, præſtari æquum eſt.

Tom. III.

XX. Sed quemadmodum ſupra ſcripta veniunt in hanc condictionem; ita ex eadem naturæ & æquitatis regula non ultra veniunt, quam quatenus is qui accepit, qui ſe ſuis uti iuſtiſſimo errore putavit, [a] locupletior his factus eſt. Itaque ſi paucos fructus percepit homo negligentior, ſolum reddat quos percepit, *L. indebiti, 15. D. de cond. indeb.* Si rem vendidit minimo, non plus reddat, quam conſecutus eſt. *L. ſi non ſortem, 26. §. libertus, eod.* Ædibus ſolutis inhabitatis æſtimationem præſtat habitationis, ſed quatenus ipſe conducturus fuerit. *L. in ſumma, 65. §. pen. eod.* Hac ipſa de cauſſa, cum uſuræ non ſint in fructu, neque natura, ſed negotiatione percipiantur. *L. uſura, D. de verb. ſignif. L. ſi navis, D. de rei vind.* fit, ut pecunia ex cauſſa indebiti ſoluti debita, hæc repetatur ſola, non etiam uſuræ accedant, ne ex lite quidem conteſtata. *L. 1. C. de condict. ind.*

Eeee 2 CAP.

a) Recte, tametſi diſſ. Iac. Schulth. *Pract. QQ. Cap.* 28. n. 81. & *ſeqq.*

C A P. XIX.

Ad L. frater a fratre 38. D. de condict. indeb.

Opportunitas atque ordo huius Commentarii.

HIs cognitis, quæ ob cauſſam præteritam dantur, tempus eſſe videbatur, ut tranſiremus ad ea quæ dantur ob cauſſam futuram, ut erat propoſitum. Sed priuſquam id faciam, hic me revocat, ac veluti aurem vellit celebre illud & nobile reſponſum Africani, cuius initium eſt frater a fratre. Quod cum inciderit in tractatum de condictione indebiti, quaſi etiam ad eam partem pertineat, non patitur ſe a me ſilentio præteriri. Viſum eſt igitur priuſquam hinc diſcedimus, attingere hoc loco, eiuſque explicationem, quæ quidem mihi videatur, quam breviſſime & dilucidiſſime fieri poterit, ſubiicere. Id quod eo faciam libentius quod omnibus ætatibus de eo reſponſo inter [a] doctiſſimos interpretes varie certatum ſit, & eius explicatio ab his qui hunc titulum tractant, ſoleat exſpectari. Summam diſputationis & ſententiæ Africani breviter proponam, ut ea animadverſa, facilius deinde quid toto hoc reſponſo in ſingulis eius partibus ambigatur, & quo quidque pertineat, intelligatur. *Frater a fratre cum in eiuſdem patris poteſtate ambo eſſent, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſolvit. Quæſitum eſt an repetere poſſit.* Totidem verbis Africanus ex facto quæſtionem ponit. Quæſtio in eo eſt, an frater pecuniam mutuatus eam debuerit. Si debuit, non repetet, ne ſi natura quidem tantum debuerit. Si non debuit, indebitum condicet ea lege, qua cætera, quæ indebita ſoluta ſunt, repetuntur: cum ſcilicet per errorem facti ſoluta ſunt. Nunc quidem de

a) Nam in eius ſententia eruenda multum inſudarunt, non tantum veterum interpretum primarii Bart. Bal. Fulg. Caſtr. Iaſ. & alii, ſed & noviorum nobiliores Zaſ. Coraſ. *in Comm. ad h. L.* Duar. *h. t. C.* 6. Cuiac. 9. *ad Afric.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 30. Hotom *in Diſput. ad h. L. & in Append. contra* Leſcur P. Loriot. *de Iur. arte Tr. 3. de Coniangv. Ax.* 2h. *& ſeqq* Charond. 1. *Veriſim* 9. Henr. a Suerin *Repet. Lect.* C. 10. Vinc. Cabot. 1. *Diſput.* 22. *&* 2. *ſeqq* A. Fab 20. *Cam. err.* Tametſi autem Cabot. *d. C.* 22. hoc reſponſum ſermone magis hominum haberi quam re ipſa eſſe difficile velit, res tamen ipſa & conſtans aliorum opinio, ut de auctore taceam, reclamat. Unde Bart. *h. L.* re & fama difficilem eſſe ſcribit, ut nulli in toto corpore iuris cedat. Ac Jaſ. legem hanc intricatam obſcuramque vocat ut cum *L. Gal. ni* conferri mereatur, vixque ſtatui poſſit, utrim difficultas maior. Liceat hic mihi, per veniam eruditiorum, (lividorum enim, quos mihi multos ſcio, tantum abeſt ut cenſuram extimeſcam vel deprecer: ut ſacra Pilliori faciens, eam avidius ambiam) tentare, numquid aliqua ad mentem Africani adferre, verumve ſenſum eruere valeam. Præmittam autem quaſdam concluſiones loco præmunitionum, quæ ad faciliorem perceptionem facere videntur. I Concl. Ius naturæ fictionem non agnoſcit. Eſt enim fictio commentum iuris civilis ad uſum vitæ communis, contra naturam rerum veritatemque accommodatum, ut Althuſ. 1 *Iuriſpr.* 1. *per Leg.* 2. *de Uſuf. ear. rer. L.* 54. *de O. & A. Fac L. filio* 23. *d. t.* Imaginaria enim ſunt ad imitationem & ſimilitudinem rerum naturalium conficta, vid. Cur. *n.* 2. *Cont. ad Fr.* 63. Ang Matthæac. *Lib.* 1 *de Via iur C.* 20. *tota.* II. Cui conſequens in obligatione naturali per ſe, & quoad naturales effectus, non ad LL. commenta & argutias attendi, ſed veritatem ſolam ſpectari, eaque a fictione civili diſtingui. *L.* 8. *de cap. min.* Unde nec per fictionem civilem perimitur, ut per emancipationem *h. L.* §. 1. *&* 2 11. *de pecul.* Et hactenus recte Hotoman. III. Unionis fictio iure civili inducta tum inter patrem & filium, tum inter fratres eiuſdem familiæ genuina ratio eſt, cur filiusfamilias patri; itemque filiifamilias Fratres ſibi invicem civiliter nec obligentur nec obligent, vid. *ſupra Lib* 12. *C.* 23. *N.* 2. IV. Ceſſante igitur illo impedimento, iure naturæ, non impeditur obligatio naturalis. Quo circa illa non tantum inter patrem & filium, ſed & inter fratres eiuſdem familiæ vere conſiſtit. Quod cum Hot. agnoſcunt Rob. Suerin & A. Fab. *dd. locis.* Idque probat tum *h L. noſtra pr.* ibi naturalem obligationem quæ fuiſſet, & in *fi. pr.* ubi habetur comparatio fratris cum extraneo, quæ ſi conſtare debet, liquet fratri non deberi, tanquam heredi patris, ut vulgo & Cui c. ſed tanquam fratri, qui credidit, cum certum ſit extraneum illum, a quo comparatio ducitur, non eſſe heredem, Suerin. *d. loc.* Et ut in priori membro comparationis, quando extraneo debuit, intelligitur tempus vitæ paternæ, quo cum eo contraxiſſe ponitur, ita, & in poſteriori in verbis *quod fratri debuiſſet*, idem tempus intelligetur. Tum aliæ ut *L.* 9 § 3 de pecul. *ſi quid his debeatur qui ſunt in eius poteſtate.* Clarius *L.* 7. §. *pen. d. t.* ibi, *aut ſi debitorem eius* & §. *ult. ſi quid & conſervus debet & L.* 17 *d. t.* verbis hiſce: *ſed etſi quid* (vicarii) *non mihi* (domino) *ſed ordinario ſervo debent, deducetur de peculio eorum, quaſi conſervo debitum.* Quod ſi itaque inter conſervos naturalis obligatio, facilius inter confiliosfamilias itemque *L.* 6. *de peculi. leg.* verbis: *Siquidem nihil ſit quod ſervus domino vel conſervis, liberi've domini debeat.* V. Eadem fratri ſemel quæſita, per ſe ipſa, & quoad effectus naturales perſiſtit, ac in perſona fratris, eiuſdemque filiifamilias creditoris permanet, neque ab eius oſſibus avelli poteſt, ipſa naturæ ratione obſtante. Quod tum *dd. LL.* clare probant, maxime verba *d. L.* 17. *non mihi.* Tum rationes Hotom. firmant, cui in eo Suerin. & A. Faber conſentiunt. Quarum potiores hæ: (1) Ut patri acquirat filius obligationem aliaſque res, eſt ex LL. argutiis & fictione unionis *ſupra Lib* 9 *C.* 6 *N.* 1. *& Lib* 12. *C.* 17. *N.* 2. In obligatione autem naturali nudum factum conſideramus, non iuris effectum *L.* 41. *de perm.* nec fictioni locus *ſupra Concluſ.* 2. Naturaliter igitur creditor qui numeravit; debitor qui accepit. (2) Sic & alia quæ naturalia dicuntur nec patriæ nec dominicæ poteſtatis vi tranſeunt, ut poſſeſſio naturalis *L.* 24. *de acq. poſſ.* & ex ſimilibus probat A Fab. *per L.* 44. *Pr. &* §. 1 *de cond. & dem. L.* 21. *de adim. leg.* (3) Si obligatio filii creditoris quæritur patri, ad eundem quoque tranſibit obligatio filii debitoris, & ſic paſſiva, ut vulgo vocant, ex natura relatorum, & per regulam *L.* 9 §. 1. *de Uſuf. L.* 10. *de R. I.* & quia ex negocio filii cum extraneo contracto pater & creditor ex credito, & debitor ex debito efficitur. Quo poſito pater hic erit eiuſdem rei nomine creditor ex perſona mutuantis, & debitor ex accipientis, quod natura non ſinit. 4 Alias non poterit pater filio naturaliter obligari, ſi obligatio filii activa quæritur patri. Atqui poteſt. Quare ſi patria poteſtas, quæ perſonam ipſam ſimul ac res filii ſuo arbitrio ſubiectas habet, non obſiſtit naturali vinculo, quanto facilius eodem frater fratrem,

de indebito ſolum quæritur. Et de huius fratris obligatione ita ſtatuatur: Frater fratri, quoad pater vivit, cuius in poteſtate eſt frater creditor, debere nihil poteſt. Si quid enim hinc deberi cœperit, huius commodum patri acquiritur. Ita patri deberi incipiet, non fratri, ſi quid frater cum fratre contraxerit. Mortuo patre, frater pecuniam mutuatus fratri creditori debere incipiet, pro qua parte frater creditor patri heres extiterit. Hic enim in partem obligationis paternæ ſuccedit. Ex his de propoſita quæſtione iudicetur. Nempe ergo pro qua parte frater debitor heres patri exititit repetet: quia neque vivo patre unquam fratri debuit, neque mortuo patre, cœpit pro ea parte debere. Pro ea autem parte, qua frater creditor heres extitit, non repetet: quia & pro ea parte debere cœpit, ſucceſſione. Hoc ita eſt, niſi obligatio naturalis, quam unam in hac ſpecie interceſſiſſe intelligimus, pro ea etiam parte ſublata proponatur. Sic autem tolletur, ſi ex peculio fratris debitoris tantum ad creditorem fratrem pervenerit. Ita enim ſtatui debet, apud quemcumque peculium filiifamilias ſit, una etiam ad eum tranſire obligationem eius, cuius peculium fuit, ut extraneis etiam creditoribus filii inde ſolvere debeat. Quod ſi extraneis debet, multo magis ſibi. Hæc Africani ſententia eſt uſque ad illum locum, Quæſitum eſt. Quæ an recte a nobis expreſſa ſit, quamque rationem habeat, videamus: expendamuſque ad eam rem ſigillatim ipſius reſponſi partes. Speciem primum, deinde quæſtionem ſummam, tum ſententiam & rationes Africani.

In ſpecie hæc animadvertenda. Primum, quod proponit fratres tum, cum mutuum inter ſe inibant, in eiuſdem patris poteſtate fuiſſe. Id in fratre creditore fingi neceſſe eſt, ut procedat quæſtio. Hic enim ſi eſſet emancipatus: non modo ei frater obligari poſſet naturaliter, ſed & mutuo accepto, obligaretur civiliter, ut eſt conditio in obligatione contrahenda filiorumfamilias: quos placet ex omnibus cauſſis obligari, non ſecus atque patresfamilias. *L. filiusfamilias, D. de obligatione, & action. L. tam ex contractibus, D. de iudic.* Ita obligatus, ſi fratri creditori ſolveret, ſive vivo patre, ſive mortuo id faceret, ſolutum repetere non poſſet ab eo, qui ſibi debitum recepiſſet. In fratre debitore eamdem poteſtatem intelligi ad quæſtionem propoſitam non eſt neceſſe, quoniam etiam ſi ſit emancipatus, æque futurum ſit, ut fratri, qui in patris

trem, in quem nulla ei eſt poteſtas tenebit alligatum. Nec huius argumenti vim tollat ſolutio Donelli noſtri hic, quia præſupponit quod hæc obligatio patri acquiri poſſit, in quo conditio naturalis obligationis & ſuperiores rationes reſiſtunt. Ac ſi propoſiti contrahentium ratio habenda, neque hic neque illic patri acquiri debet obligatio. Neque enim frater a fratre mutuando hoc agit ut patri reddatur. Minus eam elidit Cuiacius, acquiri ſcribens obligationem ipſo iure, quandiu pater illa acquiſitione non utitur, id eſt quandiu filium peculium habere ſinit, non intelligi acquiſitam. Extincto peculio, apparere acquiſitam fuiſſe. Nam immo pater filio obligatus manet, ſublata poteſtate & peculio extincto *h. L. §. 2.* Et quo magis dices ipſo iure acquiri, eo magis in abſurdum illud incides, quod eodem inſtanti obligatio ſimul & produci & confuſione extingui videatur, A. Fab. *Cap. ult. 5.* In obligatione naturali æquitas ſola & maxime ſpectanda, ex eaque & ſolo iure naturæ, remotis perſonarum differentiis, illa metienda & æſtimanda, vid. *Lib. 12. C. 2. N. 2.* Æquitas autem fidei ſervandæ & ius naturæ iubet fidem ſervare illi cui data, ſolvere cui promiſſum eſt. Quare nec ſi patri præſtiterit a fratre mutuatus, obligatione naturali liberabitur, quia naturalis ſimul & civilis ratio ſuadent ne ſolutio liberet quam quæ creditori ſit, eove conſentiente alteri *L. 39. de neg. geſt.* Idque ad naturale debitum quoque pertinere oſtendit A. Fab. *d. C. ult. pag. 167. per L. 3. & 4. L. invito 12. C. de ſol.* vid. Concl. Tametſi obligatio naturalis ipſa a perſona filii non recedat: effectus tamen illius civiles, quos a LL. accommodatos habet, vid. *ſupra Lib. 12. C. 2. N. 15.* ad patrem pertinent, atque ad illum tranſit emolumentum illius. Soluta quippe pecunia patri acquiritur, compenſatio illius commodo cedit &c. Atque hactenus vera vulgo DD. ſententia probata a Cuiacio & Donello non autem ſimpliciter. Subodoratus hoc ex antiquis Bal *ad h. L. n. 5.* ſic ſcribens. Naturalis obligatio radicatur in filio, quantum ad principium acquiſitionis, ſed quantum ad effectum conſequutionis & emolumentum reſpicit patrem ſolum, cui eſt ius quæſitum. Et adeo ſi ſuccedit patri, confunditur obligatio. Ita autem dum diſtinguunt Sverin. Rob. & A. Faber commode obiecta *ex L. 79. de acq. her. L. 1. ſi a par. ſu. man.* ex. diluunt. Neque hæc inanis argutia, aut omni effectu ideo carens obligatio in filio: ſed effectus qui ſunt naturales manent. Efficit hic impedimentum iuris civilis non ut effectus naturalis, qui eſt ſolutio, impediatur. Fieri enim illam iubet ius naturæ ipſi fratri, cuius fidem frater ſecutus. Sed ne ſic ſolutum filiofamilias fratri, qui credidit, ipſi acquiratur. Non quia is obligationis naturalis acquirendæ vel retinendæ, ſed quia dominii incapax. Ius Civile efficere non potuit ne frater fratri ex naturali mutuo naturaliter obligetur. At hoc effecit ne ex ea cauſa ſolutum eius proprium fiat, quia proprium aliquid illum habere extra cauſſam militarem vel quaſi non permiſit. Quin & cum pater ipſe filio obligatur naturaliter, licet ipſa obligatio ſit filii, eum patris eſſe non poſſit, ex DD. etiam ſententia: non tamen emolumentum illius. Nam quando illud debitum naturale pater exſolvet, non inde fiet ut filio quæratur, ac ex patris dominio exeat, ſed id tantum ut filius illud ſeparatum a patris rationibus in peculio habere incipiat, vel ſi ex peculio crediderit, in illud recipiat. Pariter & hic ſi filiusfamilias fratri ex peculiaribus nummis (ceu plerique ponunt) credidit, atque a fratre ſolvitur vivo patre, aliquis effectus naturalis in perſona filii. Nam ſi pater omnimodo creditor eſſet: ſoli illi ſolutio fieri poſſet, vel ſaltem facta fratri qui crediderat, nihil illi in pecuniam tribueret, ſed ſimpliciter ea ad patrem tranſiret, nec peculiaris fieret, niſi nova ſequuta conceſſione patris. Nunc autem quia obligatio aliqua naturalis adhæret ipſi fratri, ſolutum ita recipit, ut in peculium, ex quo numeravit, revertatur, atque ita licet non dominium, tamen adminiſtrationis facultatem in ea conſequatur. Intereſt quoque & hoc quod pater creditoribus aliis filiifamilias de peculio ad illius vires teneatur. Expedit igitur illis obligationem huiuſmodi eſſe peculiarem, quam ſi patri omnimodo obveniret. Denique remoto impedimento incapacitatis dominii filio efficaciter ſolveretur. Ut ſi pater filium emancipaverit vel donato vel non adempto peculio, quo caſu donaſſe cenſetur *L. 31. §. 2. de don.* Si tunc ei ſolvatur, nec obligatio ante perempta fuerit, dominium ei nummorum acquiretur. Quod non fieret ſi obligatio, tempore poteſtatis contracta, plane patri quæſita fuiſſet. Quibus ita firmatis obiecta DD. ſolven-

Digitized by Google

patris poteſtate eſt, non magis obligetur, quam ſi & ipſe eſſet in eiuſdem patris poteſtate.

Illud deinde in eadem ſpecie obſervandum, quod proponitur frater debitor poſt mortem patris ſolviſſe. Quod ideo fingit Africanus, ut hic quoque procedat quæſtio. Nam ſi frater debitor, vivo patre, fratri ſuo ſolvat, repetitionem non habebit citra controverſiam. Emancipatus ideo non repetet, quia debuit ſaltem patri, cui nunc hæc pecunia acquiritur. Sed nec repetet frater filiusfamilias, quia ut ex eo facto ſoluti condictio eſſet, ea tamen patri acquireretur, quam is ſuo iure exercet. Nam filiusfamilias ſuo nomine nullam actionem habet. *L. filiusfamilias, D. de obligation. & actionib.* At mortuo patre, ſi frater debitor, fratri ſolvat, quod frater non debuit, eſt, & qui repetere poſſit, & a quo poſſit repeti. Uterque enim morte patris ſui iuris factus eſt. *§. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſolv.* Hoc poſito, quod diximus. Quæſitum eſt, ait Africanus, an qui ſolvit, repetere poſſit? cum res ipſa docet, tum ex reſponſo Africani facile intelligetur.

Reſponſum ita ſe habet, ut Africanus referre exiſtimet quam partem hereditatis hic ſpectemus, utrum eam ex qua is qui ſolvit, patri heres exſtitit; an eam ex qua exſtitit frater, idemque creditor. Succeſſiſſe enim patri fratres ſupponit, quod etiam ſine teſtamento futurum eſt: quippe cum patri heredes ſint ſui & neceſſarii, ut qui in poteſtate morientis fuerunt. *§. ſui, Inſt. de her. quæ ab int. def.* Ait ergo, utique quidem pro ea parte, qua ipſe qui ſolvit, heres exſtitit, repetiturum. Hoc expendamus. Cur repetit? non alia ratio eſſe poteſt, niſi quia non debuit: cum, ut dixi, hoc loco non de errore ſolventis, ſed de ratione Africanus diſputet, ut tam frequens mentio obligationis naturalis, quæ ſequitur, indicat. Hoc ergo quæramus, an frater fratri obligetur. Et vero ita ſtatui debet, fratrem fratri, quid autem fratrem dico? immo adeo extraneum quemvis a filio, qui in poteſtate patris ſit, neque mutuam pecuniam ab eo accipiendo, neque quovis alio modo cum eo contrahendo, ei obligari. An quod cum filiofamilias nihil geri poteſt, ut is qui cum eo contraxerit, non obligetur? Minime vero hac ratione: Nam frater filiusfamilias ſi a fratre, qui in eiuſdem patris poteſtate ſit, pecuniam mutuetur, is qui accipit, obligatur. Etenim si cauſſa obligationis quæritur, iuſta cauſſa eſt mutui, ex qua qui acci-

ſolvenda. Cum primis antem ab illis ut & Donello noſtro hic urgetur *L. 9. §. 3. de pecul.* Sane eo teatu commotus Accurſ. *ad h.* licet ab omnibus deſertus, colligit duas, ex huiuſmodi filiifamilias vel qui in poteſtate eſt, negotio obligationes naturales oriri. Quarum una patri dominove quæratur, altera maneat apud filium; atque ita patrem & filium ſimiles eſſe duobus credendi reis. Probabilius quam DD. & maxime Cuiacius, qui obligationem ne momento quidem in perſona filii ſubſiſtere ſentit, cum tamen aperte *d. §. 3.* dicat: *ſi quid his debetur hoc quoque, &c.* Hotom. hinc ſe rite non expedit, dum modo vult abuſive illud dici & impropriiſſime, quod verba *nemo ambigit* non patiuntur (a) tentat id ad peculium filiorumfamilias extendi non debere. Sed ratio diſcriminis nulla ideo nec diverſitas. (3) *in Append. contra* Leſcur. accipit *d. § 3.* quoad iuris prætorii effectum, non quoad factum & ius naturale. Et hic quidem melius. Aliqua enim civili ratione, quatenus ipſius ſervi peculium domini, filiifamilias patris eſt, dici poteſt domino deberi. Nec obligatione mere naturali aliquem civilem reſpectum, ratione videlicet effectus ac commodi, accommodare inconveniens. Commode ſe expedit Sverin. *d. C.* 10. ad ſimilitudinem civilis rationis ea dici contra eum, qui de peculio agens, adverſus patrem dominumve, eius vires excutit. Ubi pater ad hoc ut peculium minus æſtimetur, merito dicere poteſt ſibi deberi, quod filio ſuo alieni vel ſervo a fratre vel conſervo, naturaliter debetur. Reliquis obiectis qui occurri debeat ex dictis apparet. Dominii & poſſeſſionis plane diverſa eſt ratio, quæ non perſonam, ſed rem reſpiciunt &c. & dominium iuris eſt, non facti, & poſſeſſio, quatenus facti eſt, ipſius ſervi: nec domini, niſi mediate poſſidentis per ſervum. VII. Concl. Confuſione ex ſucceſſione, proportione hereditaria, perimitur etiam obligatio naturalis, vid. *ſupra Lib* 12. *C.* 2. *N.* 16. VIII. Peculia liberorum mortuo patre ad communionem in hereditate vocanda *d. L.* 14. *C. Fam. erc.* Eademque tunc ius ac nomen peculiorum amittunt, converſa in cauſſam hereditatis, eamque augentia. Nam cum peculium non ſit patrumfamilias; morte autem patris, filiifamilias eſſe deſinant, neceſſe eſt peculium quoque perire, ut A. Fab. 20. *Coniect. ult.* Hinc profectitium peculium non dicitur conferri, ſed dividi *L.* 12. *C. de Collat.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 30. Vocatur autem hic peculium per anaphoram, relatione habita ad tempus vitæ paternæ, ſicuti & ſæpe hereditas adita vel acquiſita. IX. Æs alienum onus quidem peculii *L.* 32. *§.* 1. *de pecul. & ſim.* Quod tamen id dicitur ipſo iure eamde minui *L.* 30. *pr. de act. em.* id civiliter intelligendum. Naturaliter enim ea debito augetur, atque acceſſione crediti aliunde accepti, illatique creſcit potius. Nam ſi ad quantitatem æris alieni imminueretur, ut tanto minus in eo cenſeatur ad quantum exſolvendum obſtrictum eſt, utique quo caſu nihil amplius in peculio quam debito, magiſque illo quo peculii vires debita excedunt, plane interiret. Quia eadem ratio imminutionis quæ extinctionis, eadem partis quæ totius *L.* 76. *pr. de R. V.* Cur conſequens eſſet, quod iuri omnino repugnat, actioni de peculio locum non dari, quando credita peculiaribus bonis maiora, quaſi nec tum eſſet amplius peculium. X. Ea quo infertur *in ſpecie h. L.* illatum fuiſſe peculium fratris debitoris naturaliter; hoc eſt quæcunque in illo bona, reipſa & de facto reperta, ſive a patre alias profecta, ſive ea credito illata, aut comparata, ſine deductione debiti cæteris bonis hereditariis fuiſſe permiſta & in communionem revocata. Quod & planiſſime probat *v. idque maxime conſequens h. L.* In quo dum diverſum ſentiunt Hotomannus & A. Faber, licet diverſimode, a vera cauſſæ conſtitutione deviare videntur. XI. Mutuum ea civili magis ratione quam naturali dominium in creditore exigit. Hinc mutuum naturale inter patrem & filium, fratreſque eiuſdem familiæ, cum tamen dominium a mutuante patre nun recedat, nec in filium tranſeat XII. Condictio indebiti exigit facti errorem, vid. *ſupra C.* 14. In quo errat Hot. *d. loc. p. m.* 511. fratrem ideo ſolviſſe, quod crediderit ſe civiliter & efficaciter obligari, ſcribens. Nunc ad ſpeciem reſponſi accedo, caſum ita conſtitueris: Caius & Seius in patris communis Titii ſacris, Seio pater aſſignavit peculium. forte in 100. Idem a Caio petit & accipit mutuo 100. Sive autem ex peculio ſuo Caius crediderit, ſive ea pecunia paterna, cuius forte adminiſtrationem habuit, parum, mea ſententia, refert, & recte Iaſon, poſſe hanc legem in utroque, ut loquitur, verificari. Nullum ſane ſat clarum in verbis huius reſponſi indicium, peculiares nummos fratri, qui peculiatus

accipit, obligetur: cæteri quidem iure civili, filiusfamilias autem ſaltem natura. *Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr. *L.* 9. in fin. & *L.* ſeq. *D. de ſen. Mac.* Si perſona ſpectatur, filiusfamilias in re contrahenda non alio loco habetur, quam patresfamilias. Certe ex omnibus cauſſis pariter obligatur uti paterfamilias, ut ante dixi. *d. L. filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Et dubitemus eum qui contrahendo conditionem ſuam deteriorem facere poteſt, poſſe etiam contrahendo acquirere, & meliorem conditionem ſuam facere, cum hoc proclivius iure concedatur? *Inſt. de auct. tut.* Quid ergo eſt? Nempe hoc eſt: obligatur quidem frater mutuum a fratre accipiendo, obligatur & quivis extraneus; ſed non obligatur fratri mutuum danti, de quo nunc quæritur. Non ſane quod per eum fratrem, qui dedit, non acquiratur obligatio; ſed quod per eum quæſita, ſtatim ad patrem tranſeat iure poteſtatis. Sic enim regula eſt iuris antiqui, quidquid filius qui in poteſtate eſt, acquirit, eius emolumentum patri eum acquirere. *L. placet, 79. D. de acq. hered. L.* 1. in pr. *D. ſi quis a pat. fuer manumiſ.* Quæ & poſt conſtitutiones Iuſtiniani in peculio profecticio etiam nunc manſit. §. 1. *Inſt. per quas perſon. nob. acq.* Temporibus autem Africani etiam in cæteris peculiis valuit, excepto peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi. *L.* 1. §. *nec caſtrenſe, D. de collat. bon.* Hoc autem poſito, fratrem quod a fratre ſit mutuatus, non fratri, ſed patri debere, quæſita ei obligatione: ſequitur aliud, quod ſtatui ad intelligentiam ſequentium verborum non tam utile eſt, quam neceſſario pertinet: illud, inquam, ut idem frater qui mutuum accepit, quandoquidem patri obligatur, non iam ei civiliter, ſed naturaliter tantum obligetur, atque ita in hoc mutuo quod proponitur, obligatio naturalis tantum fuerit, qua frater debitor teneretur. Et hoc eſt, quod Africanus hanc ſolam obligationem in propoſita ſpecie agnoſcit. Subiicit enim; naturalem obligationem quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, & quæ ſequuntur. Et recte. Nam inter patrem & filium, qui in eius poteſtate eſt, iure civili nulla actio naſci poteſt, niſi de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio,

tus) ut vocat *L.* 18. *de ad. ed. L.* 53. §. 4. *de act. em.*) proponitur, numeratos fuiſſe. Diem functo patre, filius uterque heredes ex æquo, bona dividunt, illato prius Seii debitoris peculio, ita tamen ut nulla ratio haberetur reputationis & deductionis debiti naturalis, ut *ſupra Concl.* 10. Poſtea aliquo facti errore, iuxta *Concl.* 12. Seius ſolvit Caio 100. Quæritur an condicere poſſit. Dubium movet naturalis obligatio cui ſoluti retentio a legibus indulgetur. Reſp. IC. dati Pro parte hereditaria utique repetit, id eſt ſive plus ſive minus ex peculio ad Caium venerit, immo etſi nihil. Rationes decidendi quas reddit A. Faber in ſpecie licet aliquantum diſpari. 1) ſpecialior. Cum peculium morte interierit, reſque peculiares hereditariæ effectæ *ſupra Concl.* 8. obligatio quoque illa naturalis, unus peculii, *Concl.* 9. hereditaria reddita, atque ita pro parte, qua debitor heres, confuſione ſublata, per *Concl.* 7. (2) generalior. Quia obligatio naturalis: effectus civilis, illi coortus, acquiſitus patri, per ea quæ *Concl.* 6. ea ipſo tempore contractus: Ius videlicet retinendæ pecuniæ, non uti debitæ, per *Concl.* 5. ſed uti per ſolutionem, quandocunque tandem ea fieret filio, acquirendæ. Quare cum filius poſt mortem patris ſolvit, perinde habetur, ac ſi ſolviſſet vivo patre. Quo caſu utique et ſolutum acquiſitum fuiſſet, idque in hereditate reperiretur, adeoque ſuam partem Seius ea eo iure ſucceſſionis reciperet. Quocirca ne Seii debitoris deterior nunc ſit conditio, repetit indiſtincte pro parte ſua hereditaria, qua patri ſucceſſit, non quidem in ius creditoris ut DD. vulgo Cuiacius & alii, ſed in ius retinendi quod ſolutum fuiſſet. Quo ipſo res quaſi in priſtinum caſum redit, æqualitaſque inter fratres ſervatur. Pro altera vero parte ſubdiſtinguit. Si nihil ea peculio Seii ad Caium pervenerit: nihil repetitur: ſin plus vel tantum, quanta medietas pecuniæ mutuo datæ, naturalis obligatio & ea ea parte caprat. Sin minus ad concurrentem quantitatem. Idque propter obventionem quidem partis peculii, ut diſerte Africanus. Non tamen poteſtate confuſionis alicuius, ea ſucceſſione hereditaria; ſic enim nulla virium peculiarium, excederent debitum, an excederentur, ratio haberetur; nec ſucceſſionis in peculium, ut Bart. Bal. Iaſ. & Antiqui & Cuiac. quaſi diverſa ſit hæc ſucceſſio a ſucceſſione hereditaria, quod convellit *Concl.* 8. ſed ſolutionis ac deductionis, quæ alia a confuſione A. Fab. *d. C.* 20. *pag.* 168. Quia deduci debuit ac potuit debitum naturale, nec id factum: ſed res omnes ut naturaliter repertæ, ita communicatæ ac diviſæ: In illis autem fuit & pecunia a fratre accepta, reſve inde paratæ. Quæ dum una ad fratrem cum aliis peculiaribus bonis, pro parte dimidia, reverſa: eo ipſo ſane partem eam debiti is conſequutus: ut ſi iterum errore aliquo ſolvatur: indebitum præſtitum cenſeatur. Exemplis hæc quam potero dilucide faciam. Ponam caſus ubi peculium maius debito naturali reperitur, ubi æquale, ubi minus, ubi nullum. Ubique præſupponam filio peculiato a fratre credita 100. Ubi maius. Finge. In hereditate reliqua 1000. Peculio naturaliter inſunt. 200. videlicet 100. aliunde, & 100. ex credito accepta. Hæc 200. ad communionem revocata, non deducto onere debiti 100. Contributis univerſis bonis ut 1200. ac diviſis, pro ſe quiſque fratrum conſequitur 600. Poſtea Seius Caio ſolvit 100. Qua re factum ut Caius tum habuerit ex hereditate 700. Seio remanſerunt 500. Hic amplius ex peculio medietate debiti adeptus Caius, ideoque integra 100. repetuntur, quibus receptis res in priſtinum ſtatum revertitur, eundemque effectum habet, ac ſi vivo patre illa 100. ſoluta eſſent. Ubi æquale: Pone diviſa bona cætera hereditaria 1000. collato peculio, in quo 100. quod ipſum tamen in tantundem Caio obſtrictum. Cuique obvenere 550. Poſtea ſolvens 100. fecit ut ſibi tantum ſupereſſent 450. fratris autem bona, acceſſione 100 aucta conficerent 650. Hic quoque integri exſoluti repetitio tribuitur, eodemque res, ut in priori caſu, redit. Ubi minus: Seius creditis a fratre 100. mortis paternæ tempore, & ea aliis profecticiis & ea coniunctis illis, quæ mutuo acceperat, in univerſum habuit in peculio 50. reliquis ſuo vel fortunæ vitio perditis, contributis his 50. & reliquis 1000. diviſis, obtingunt cuique 525. Poſtea 100. ſolvit Seius. Unde illi reliqua 425. Caius autem habere incipit 625. Repetuntur hic utique, id eſt ſine dubietate, 50. pro parte hereditaria ipſius Seii, quia pro ea in ius retinendæ pecuniæ illius quandocunque ſolveretur, patri ſucceſſerunt, ut *ſupra.* Pro parte autem Caii creditoris tantum 25. quantum videlicet ille antea ex peculiaribus, quæ ſuperfuerant, bonis, adeptus erat. Hinc fit ut poſt receptionem 75. Caius retineat 550. Seio vero fiant 500. ut ita creditori Caio nihilo plus minuſve relinquatur ea bonis paternis, quam ſi mutuo naturali non contracto, pecunia nunquam ſive ex bonis paternis, ſive, quod perinde eſt, ex peculio Caii ad fratrem perveniſſet. Datur enim hæc condictio non ultra quam accipiens factus locupletior. Quanquam autem hoc caſu, ſi frater, cuius peculium imminutum, non ſolviſſet: nulla contra eum, nec ratione 25. daretur exactio ob infirmi-

culio, & ſi quod aliud eſt peculium, quod patri non acquiratur. *§. hi qui. Inſt. de obl. quæ ex del. naſc. L. lis nulla, D. de iud.*

Sit ergo hactenus ratio expoſita, cur frater a fratre qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, pecuniam mutuatus, obligetur quidem; verum non fratri mutuanti, ſed patri, cui per mutuantem quæſita eſt obligatio, obligetur autem non civiliter, ſed naturaliter. De repetitione quod ſubiicit Africanus, quale ſit, videamus. Reſpondit, inquit, utique pro ea parte, qua ipſe (pecuniam mutuatus) patri heres extitiſſet, repetiturum. Cur ergo repetet? Non ſane quia naturaliter tantum obligatus fuerit, cum vel ſola naturalis obligatio ad retentionem ſoluti ſatis ſit; ſed quia omnino pro ea parte non debuit. Neque id alia ratione efficitur, quam quod patri quæſita obligatione, ſimul evenit, ut nulla obligatio in perſona fratris mutuum accipientis conſiſtat. In qua ſententia omnes ad noſtram memoriam interpretes fuerunt. Et recte. Quomodo enim aliter defenderent, fratrem quod mortuo patre fratri ſolviſſet repetiturum; niſi in eo eatenus nec naturalem obligationem hærere concederemus? Quod cum diſpliceret Franciſco Hotomanno noſtro, cœpit is contra omnem ſententiam hoc diſſerere, civilem quidem obligationem per filium quæri potuiſſe, naturalem non poſſe: denique ſi quid frater a fratre acceperit, huic ſi minus civiliter, naturaliter certe obligari. Conſequens eſſe, fratrem qui ſolvit, pro ea parte ex qua heres exſtitit, non repetiturum. Itaque non dubitat locum ita emendare, ut pro repetiturum, quæ lectio eſt omnium exemplorum, quæ ubique ſunt, legatur negative, non repetiturum. Equidem mihi non placere ſententiam iam olim Biturigis anno 1560. quo tempore hæc ſcripſi, publice oſtendi in huius reſponſi explicatione, ut non dubitem ſi cui hæc diſputatio nunc legetur, neminem tamen exiſtimaturum in gratiam cuiuſquam aut odium a me eandem nunc emitti; cum audiet a me tam multo ante exiiſſe, quam quiſquam adverſus eam idem diceret, vel ſcriberet. Sed tamen agnoſco ſuperiorem ſententiam a viro docto magnis & nullo modo contemnendis rationibus defendi, ut ſi quis his victus idem ſen-

firmitatem obligationis naturalis, cui ius Civile hactenus non adſiſtit: nihil tamen mirum rem alio perduci ſolutione facta, cum ſæpe veniat, ut cui actio non competit, ei retentio concedatur. Ubi nullum. Seius mutuatus a Caio 100. Omnibus conſumptis nihil in peculio, quod reperiretur, retinuit. Paterna alia bona 1000. Ex quibus quiſque frater percepit 500. Seius ſolvit 100. Caio. Hic quia nihil ex peculio Caiu obvenit, pro parte illa, qua Caius heres, negatur repetitio: pro parte vero Seii conceditur. Eveniet itaque ut repetitis 50. Caius retineat 550. quod videlicet ex ſucceſſione paterna habiturus, ſi mutuatio nec facta fuiſſet. Tunc enim hereditaria bona effeciſſent 1100. Pro parte vero altera qua Seius debitor heres, tam hoc caſu quo nihil in peculio, quam ſuperiori, quo minus debito, plane expiravit obligatio, non ſecus ac in prioribus duobus caſibus. Quod probant non tantum vocola *utique* in noſtro reſponſo, id eſt indiſtincte nullo reſpectu ad vires & ſubſtantiam peculii habito, & ſuperiores rationes, quia obligatio peculiaria hereditaria effecta, & quia in ius retentionis filius debitor, pro quota hereditaria ſucceſſit, ſed etiam illa æquitatis, qua naturalis obligatio regitur ratio. Quia bona fides quenquam amplius quam ſemel ſibi debitum vel exigere vel quacunque ratione obtinere vetat *L. 57. de R. I.* Atqui pro illa parte, quantum creditorem habere ex vi obligationis naturalis æquum eſt, tantumdem ex bonis paternis adeptus eſt, etiam iis caſibus quibus fratris peculium nullum. Nam ſi in proxime poſita repetitionem in ſolidum denegas, quod conſequens lectioni neganti, ſi voculam *non* inferas: evidens fiet iniuria fratri debitori, & iniquum lucrum, ſive ex culpa ſive ex infortunio huius fratri creditori accreſceret. Qui enim ſi res omnis integra eſſet, nec ulla mutuatio naturalis proceſſiſſet, ac proinde 100. illa vel in rationibus paternis vel in peculio creditoris (nam & illud communicare fratri teneretur *L. 13. C. Fam. erc.*) manſiſſent, ultra 550. iure hereditario non habuiſſet, 500. ex bonis non peculiaribus, 50. ex ſuo peculio; eidem per hanc occaſionem 600. tribuerentur, magno cum fratris detrimento. Quod æquitas illa, quæ tum retentioni, ſi repetens reſiſtit, tum condictioni indebiti, ſi adſiſtit, cauſſam dat, non patitur. Supereſt ut expediam quibus modis ſuam ſententiam Africanus comprobet. Utitur 2. argumentis confirmandæ poſteriori parti. Nam priorem partem non probat, adeo extra dubium exiſtimans id de quo maxime nunc (ab Hotomanno eum primis) contenditur. Prioris argumenti vis hæc: Si Seio pater teſtamento prælegaſſet peculium, Caius deduceret id quod ſibi debetur, intellige pro parte hereditaria. Pro parte enim fratris indiſtincta ſublata obligatio per ante dicta. Finge. In hereditate reliqua 1000. Prælegatum peculium Seio fratri debitori cui naturaliter inſunt 200. Ex his debentur Caio 100. Caius pro ſua parte deducit 50. Quia ſi nihil creditum fuiſſet ac illa 100 vel in rationibus paternis vel in peculio Caii manſiſſent, tum ex illis 100. non obſtante prælegato dimidiam conſequeretur. Non autem amplius inde feret, quia etſi ponamus ex peculio ſuo crediddiſſe, tamen & id, ſi ſibi non æque prælegatum, inferret hereditati, ex eoque dimidia debitori obveniret. Quare & obligatio peculiaris activa, in 100. fratri communicatur, communicata pro ea parte confuſione perimitur. Ne igitur hoc interpretemur cum quibuſdam, quaſi hoc caſu integri debiti fiat deductio. Inde enim duo abſurda. (1) Prælegatum hoc ipſo caſu, etſi plus in peculio quam in debito, eſſet legatario inutile, nec quicquam is plus conſequeretur quam habiturus ſi id percipere non iuſſus. Poſui enim reliqua bona, communicato etiam, ſi quod fuit, peculio creditoris ex æquo diviſa. Si iam ex 200. quæ naturaliter inſunt peculio Seii Caius 100 integra deducit: evenit certe ut in univerſum neuter plus altero conſequatur, defuncti ſupremo iudicio irritato. Maius abſurdum ſi peculium debito æquale vel non multo maius. Pone 150. in peculio, 100. ex eo fratri debita. Hic ſi ex prælegato peculio deductionem omnium 100. tribuas Caio; prælegatum non modo non utile, ſed & damnoſum erit Seio. Nam 50. plus habebit Caius, quam frater. Cui tamen etſi nihil legatum ex bonis paternis omnibus, illatis videlicet & contributis utriuſque fratris peculiis tantundem obvenire debuiſſe ex ſuperioribus æquitatis, æqualitatiſque ratione pluſquam evidens eſt. (2) abſurdum. Hoc modo IC. ſuo argumento partem quidem poſteriorem ſuæ ſententiæ firmaret, priorem vero plane convelleret. Si enim hac ratione integrum quod credidit conſequitur frater, quidni & ex ſoluti retentione, cuius ſi non maior, certe par habenda ratio. Fiet igitur deductio pro parte hereditaria creditoris. Nec reſiſtunt verba *huius debiti* indiſtincte concepta. Fateor enim deduci integrum debitum, ſed quod nunc eſt, tempore quo deducitur, non quod antea aliquando fuit & ex parte peremptum, per antea dicta. Applicatio vero argumenti huiuſmodi. Si eo caſu quo Seius præcipit peculium, Caius deducit quod ſibi adhuc debetur, utique & ſi ad Caium pervenerit peculium, quacunque ratione,

ſentiat, quod ille, ſi non laude, certe ſumma excuſatione dignum putem, cui in ſententia uſque adeo probabili contigerit ſubſiſtere. Indigne autem facere eos, [2] qui rem aut fuſte aut flagris dignam exagitent. Nos potius qualis ſit hæc ſententia cognoſcamus, & quia iſtis rationibus utitur, quid de re tota iudicandum ſit, paulo diligentius conſideremus. Ille in perſona filiifamilias creditoris obligationem naturalem conſiſtere, nec patri acquiri ait: nos non conſiſtere, & patri acquiri dicimus. Utrum ſit verius, quæritur.

Nos acquiri, his rebus liquido probari exiſtimamus. Primum regula iuris generaliter concepta eſt, quidquid acquirit filius, eius emolumentum patri acquiri. *L. 1. D. ſi a par. quis fuer. manum.* Acquirit ergo & naturalem obligationem: ſi hanc eſſe aliquid, ſi aliquod eius commodum intelligimus, niſi forte ad hanc regulam pertinere ea dumtaxat arbitramur, quæ civiliter, non naturaliter acquiruntur: in qua ille ſententia eſt. Quid ergo, dominium, quid poſſeſſionem, utrum civiliter, an naturaliter acquiri putamus? Nihil horum non naturaliter acquiri dicitur. *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Et tamen pluſquam certum eſt, utrumque per filiumfamilias patri acquiri, & quidem ita, ut nihil magis. *L. acquiruntur*, 10. §. 1. & 2. *de acq. rer. dom.* Quid obligationes, nonne maxima ex parte ex iure gentium proficiſcuntur? *L. hoc iure, D. de iuſt. & iur.* Quæ tamen ex his eſt, quæ per filium patri non acquiratur? *d. L. acquiruntur, §. 1. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Quid eſt autem iuris gentium obligatio, niſi naturalis. *L. cum amplius, §. ea natura, D. de reg. iur.* Quid? cum hereditas per filium acquiritur, in qua fuit aliquid, quod naturaliter defuncto debetur, nihilne amplius quam hereditariæ obligationes civiles patri acquiruntur? Atqui hereditas tota patri acquiri dicitur,

nec quidquam vel momento ſubſiſtere in perſona eius, per quem acquiritur. *L. placet, 79. D. de acquir. her.* Quidni vero per filium patri acquirantur obligationes naturales, cum ab herede in fideicommiſſarium transferantur? *L. quamvis, 49. D. ad Treb.*

Quod ſi dederimus obligationem naturalem patri per filium non acquiri, iam hoc conſequens erit, ſi quid filiusfamilias cum aliquo contraxerit, ſi cui mutuam pecuniam dederit, civilem obligationem patri acquiri, naturalem apud filium manere: ita debitorem duobus teneri, patri civiliter, filio naturaliter. Quo conceſſo etiam hoc recipiendum erit, ſi debitor filio ſolverit, condicere eum non poſſe, quia natura ei debuerit, & quia condicere non poſſit, eum liberari. *L. ſi non ſortem, 26. L. ſi decem, D. de cond ind.* Quod poſtremum ſi falſum eſt, eſtque illud iuris explorati filium nec paciſcendo, nec debitum accipiendo quidquam detrahere patris obligationi. *L. filius, C. de pact.* Etiam illud falſum eſſe neceſſe, unde ſequitur. Sequebatur, autem ex eo, quod in patrem naturalem obligationem non tranſire ponebamus.

Nihil ratio egerit, niſi hoc quod volumus pene diſerte ab Ulpiano expreſſum eſt in *L. ſed ſi damnum*, 8. *§. peculium, D. de pecul.* Scribit enim hoc modo; *huic definitioni Servius adiecit, & ſi quid iis debeatur, qui ſunt in eius poteſtate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.* Ergo quod ſervo debetur, id domino debetur. At ſervo civiliter deberi nihil poteſt: ſi quid debetur, debetur naturaliter. *L. nec ſervus, 41. D. de pecul. L. ſervi, 14. D. de oblig. & act. L. quod attinet, D. de reg. iur.* Ita hic ſenſus eſt, quod ſervo naturaliter debetur, id domino deberi. At domino deberi, niſi domino obligatio quæſita ſit, non poteſt. Quod ſi in ſervo verum eſt, nemo dubi-

tabit

tione, ſibi ex eo quod pervenit, & quatenus pervenit ſolvere cogitur. 2. argumenti hæc vis: Si extraneo vivo patre, debuiſſet frater civiliter, intellige ex alia, quam mutui cauſſa ob SC. Macedonianum, iſque creditor mortuo patre debitum exegerit poſteaquam iam hereditas diviſa, cui etiam peculium debitoris illatum & commiſtum, filius tantum repeteret a coheredibus quantum ab iiſdem creditori actione de peculio petere licuiſſet: ſolidum ſi peculium debito maius vel æquale fuerit; Sin minus in peculiaribus bonis fuit, quam in debito, tum non in ſolidum pro quota hereditaria, ſed pro viribus peculii in quantum quiſque a creditore conveniri potuerunt. Finge. Filiusfamilias debuit extraneo 100. In peculiaribus bonis tantum 60. Tres ipſi ex æquo coheredes. Peculio ut naturaliter repertum hereditati illato ea diviſione cuivis obtigere 15. Creditor filiumfamilias, olim, nunc convenit actione principali ex negocio, quo obligatum tenet, eaque ſolidum conſequitur. Hic filius debitor repetit a coheredibus non 75. pro parte cuiuſque hereditaria, ſed 45. pro viribus peculii, quantum videlicet iidem præſtitiſſent creditori ſi adverſus ſe actionem de peculio, quæ ad illius uſque vires datur, intentaſſet. Pergit IC. in verſ. *igitur*. Si nihil adhuc creditor exegerit, metuat autem debitor illam exactionem, cautione ſibi proſpicere poteſt, dum peculium hereditati infert, ut indemnis a coheredibus ſervetur, ſed ad quantitatem peculii non in ſolidum vel ad quantitatem debiti. Inde concludit in verſ. *porro*. Quem Caius frater, qui in propoſito creditor ſervaret indemnem contra extraneum, ſi de peculio illius participaverit, ne onus debiti ſolvendi ſoli fratri incumbat, utique & præſtabit indemnem adverſus ſe ipſum, non tamen in ſolidum, ſed pro quantitate peculii quæ ad eum pervenit.

2) Cuiac. 9. *ad Afric.* male tractatæ iuris diſciplinæ Hotomannum arguens, & præconis ſuperdicto monendum μὴ κακέργει τὸν νομικόν. Cui Hotomannus iuſto dolore laceſſitus reponit. Si tibi frutica, & nobis flagrum domi. Alioque ſuperdicto opus ſcribit, ἄλλων ἰατρὸς αὐτὸς ἕλκεσι βρύων.

tabit eodem modo per filiumfamilias patri acquiri: primum quod non alia ratione domino per ſervum, quam patri per filium, qui in patris poteſtate eſt, acquiritur. §. 1. *inſt. per quas perſ. nob. acq. Inſt. quod cum eo*, in pr. Deinde quia non de perſona huius aut illius quæritur, ſed de naturali obligatione; quæ ſi non neceſſario in perſona ſervi hæret, nec neceſſe eſt eam in filii perſona hærere: cum natura omnes homines æquales ſint, neque minus natura ſervo deberi poſſit, quam filiofamilias. *d. L. quod attinet, de reg. iur. L. ſi quod dominus*, 64. *D. de cond. ind.*

Sed adduci poſſunt homines maxime, ut contra ſentiant, ex eo, quod in hoc ipſo Capite, in §. *contra*, Africanus cum propoſuiſſet patrem a filio, quem in poteſtate habebat, mutuam pecuniam accepiſſe, reſpondit patrem ex ea cauſſa filio naturaliter obligari, & ſi emancipato ſolverit, repetere eum non poſſe. Quo reſponſo perſpicue ſignificat obligationem naturalem, quæ filio quæſita erat, non eſſe patri quæſitam. Cui ſi quæſita eſſet, ipſe pater ſibi deberet, non filio. Nemo autem ſibi debere poteſt, ut non confuſione obligatio tollatur. *L. Granius*, 71. *D. de fideiuſ.* Ex quo etiam illud eveniret, ut ſolutam per errorem filio pecuniam poſſet condicere. Et quod hoc loco Africanus in perſona filii & patris debitoris reſpondet, idem de ſervo creditore qui cum domino contraxit, a Tryphonino reſpondetur in *d. L. ſi quod dominus*, 64. *de condict. indeb.* Neque horum utrumque alios interpretes fugit. Fatentur tamen omnes in hac ſpecie obligationem naturalem neque patri per filium, neque domino per ſervum acquiri. Et quæ ratio reddi poteſt, cur hic illis illa non acquiratur? Pro qua ſententia hæc ab illo, quem dixi, differuntur. Pluribus illa quidem, ut ab homine diſerto & locuplete, ad hanc tamen fere ſummam, ut dicat, ſi pater filio obligari poteſt, ut infra hoc reſponſo dicitur: multo magis fratrem fratri poſſe, cum frater non ſit in fratris poteſtate? Nam quod regula iuris facit quidquid habet filius, acquiri patri: negat eam in obligatione naturali ſequi nos debere Ut enim obligatio naturalis, inquit, natura conſtat: ita in ea perſonarum condictionem naturaliter ſpectare debemus. Porro natura & ſervus debere, & ſervo deberi poteſt. *d. L. ſi quod dominus*, 64. *de cond. ind.*

Quæ nobis diluenda ſunt. Ac primum quod hic obiicitur, patrem filiofamilias, dominum ſervo naturaliter obligari, ſi quid illi cum his geſſerint, quo cum aliis geſto civiliter obligarentur, in eoque obligationem naturalem neque patri neque domino acquiri, tale eſt, ut nemo ſit, qui non verum eſſe fateatur, & illis locis quos ſupra adduxi, non certo probari putet. Eamque in hac re difficultatem eſſe ab aliis omnibus intellectam eſt. Sed quod dicimus obligationem naturalem patri acquiri, ſic intelligendum eſt, ſi alius filio debeat, quam pater. Sic enim fieri poteſt, ut patri acquiratur obligatio, & ipſa in perſona patris conſiſtat non minus, quam ſi filio deberetur. Quod ſi pater filio cœperit debere, obligatio patri non acquiretur: ſcilicet quia nec poteſt, ut conſiſtat obligatio. Nam ſi patri quæritur, ipſe ſibi debebit. Nemo autem natura debitor & creditor eſſe poteſt: unde neceſſe eſt ſi res in eam cauſſam venerit, obligationem confuſione cauſſarum tolli. *d. L. Granius*, 71. *D. de fideiuſ.* At hoc contra mentem & ſententiam contrahentium eſt, ex ea cauſſa, quæ inter patrem & filium intercedit, & ex qua pater obligari velit, huic filio non debere, cum ut deberet, inter ipſos ageretur

Manebit igitur obligatio hoc caſu vel ipſorum iudicio & voluntate; ut cum obligari civiliter pater non poſſit, ſaltem conſiſtat obligatio natura, ſecundum quam omnes homines, ut dixi, ſunt æquales. *L. quod attinet*, *D. de regul. iur.* Nec quiſquam contrarium putet, quod in *L. ſi quis pro eo*, 56. §. 1. *D. fideiuſ.* ſcriptum ita eſt; *ſi filius a patre vel ſervus a domino ſtipuletur, nec fideiuſſorem acceptum teneri.* Cur enim hic fideiuſſor non teneatur, non ea cauſſa eſt, quod pater hoc caſu non obligetur naturaliter, ſed illa, quod ſi tenetur fideiuſſor, futurum ſit, ut hæc obligatio acquiratur patri, ut ſic fideiuſſor pro patre ſit obligatus ipſi patri. Non poteſt autem quiſquam pro eodem & eidem eſſe obligatus, ut addtur in *d. L. ſi quis pro eo*. Ergo ex his regulam iuris de rebus patri per filium acquirendis ſic interpretabimur, ut quod filius acquirit, id patri acquirat; ſi poteſt: ſi minus; vel quod obligatio iſto modo nulla futura ſit; vel quod id ipſum a patre actum ſit, ne acquireretur; vel potius quia utrumque interveniat; perſpicuum eſt, rem ad regulam iuris non pertinere.

Iam illis rationibus moveri non debemus. Filio pater naturaliter obligari poteſt: ergo & frater fratri multo magis. Ex ſuperioribus intellectum eſt non recte hæc comparari. Ideo enim cum pater filio debebit,

bebit, patri obligatio non acquiretur, quia filio neceſſe eſt deberi, niſi velimus tolli obligationem, quod aperte repugnat patris voluntati. At frater fratri ſi obligari cœperit, poteſt utrumque concurrere, ut & per filium creditorem obligatio naturalis acquiratur patri ſecundum regulas iuris, & nihilominus conſiſtat obligatio, ut fuit propoſitum contrahentium: utpote quæ patri quæſita ſemper eadem futura ſit. Atenim addunt: in obligatione naturali regulam iuris civilis de rebus patri per filium acquirendis ſequi non debemus. Atqui regula de omnibus rebus acquirendis concepta eſt, & obligatio omnis res eſt. *Inſt. de reb. corp. & inc.* Denique quæ naturales acquiſitiones ſunt, ſatis ſupra oſtendimus in hanc acquiſitionem venire. Immo, inquiunt, obligationem naturalem non venire certo argumento eſt, quod cum filius patri, aut pater filio propter ius poteſtatis civiliter obligari non poſſit, uterque alteri naturaliter tamen poteſt obligari, ut eſt in hoc eodem reſponſo in §. *quæſitum.* Nam quomodo obligari poſſet, ſi obligatio patri acquireretur, quæ quæſita nulla futura eſſet, utpote confuſione ſublata? Et iam reſpondi recte hoc dici, cum res inter patrem & filium geritur, quia aliter dici non poſſit, repugnante voluntate contrahentium. Cum autem alius filio debiturus eſt, quam pater, huius quoque debiti emolumentum ad regulam iuris pertinere, ut hoc etiam patri per filium acquiratur; quia regula nihil excipiat, & quæſita obligatio nihilominus eadem futura ſit quæ prius. Conſtet igitur hoc iam, quod Africanus dicit, ſi frater a fratre, qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, pecuniam mutuam acceperit, ſive quid cum eo geſſerit, unde adverſus eum obligatio naſcitur, eum fratri nihil eo nomine debiturum ne naturaliter quidem. Cauſſam in eo eſſe, quod ſi qua obligatio fratri creditori quæſita ſit, eadem quæſita ſit patri, etiam naturalis. Hinc evenire, ut ſi ei mortuo patre per errorem ſolutum ſit, recte repetat is qui indebitum ſolvit, ſed indebitum pro ea parte, pro qua heres exſtitit.

Quid pro ea parte, ex qua frater cui ſolvitur heres exſtitit? Pro ea parte ita repetet qui ſolvit, inquit Africanus, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet. His verbis vi ipſa duas ſententias complexus eſt Africanus: ſed in poſteriore tantum confirmanda immoratur. Priorem hanc aperte innuit per contrarium; ſi de peculio fratris debitoris nihil ad fratrem creditorem pervenit; quod frater debitor mortuo patre ſolvit, repetiturum eſſe pro ea parte, qua frater alter heres exſtitit. Cuius ſententiæ probationem prætermiſit Africanus; quia ex iure certo intelligeretur, ſi quid is, qui pecuniam accepit, patri debuiſſet, futurum eſſe, ut mortuo patre heredibus item patris deberet pro qua parte heredes exſtitiſſent. Nam ſi hereditas recte definitur ſucceſſio in univerſum ius, quod defunctus habuit: *L. hereditas, D. de reg. iur. L. nihil aliud, D. de verbor. ſignificat.* Neceſſe eſt intelligi, heredes eſſe univerſi huius iuris ſucceſſores. Et ſunt omnino. *L. heres in omne. D. de acq. her. L. cum heredes, D. de acq. her.* Quare ſi in bonis & iure patris obligatio fuit naturalis, qua ei quid deberetur: etiam pro qua quiſque parte ei heres exſtiterit, neceſſe eſt eatenus ad eum eam obligationem transferri.

Altera ſententia eſt, quæ verbis ſuperioribus exprimitur: ſi de peculio fratris debitoris tantum pervenerit ad fratrem creditorem, quantum pro portione hereditaria illi naturaliter deberi cœpit; quod frater debitor ſolverit, hactenus illum eſſe repetiturum. Ratio ab Africano adiecta eſt, non quod frater debitor fratri nihil poſſet debere mortuo patre: ſed quia, inquit, naturalis obligatio, quæ conſtitiſſet in perſona patris, hoc ipſo ſublata videatur, quod peculii partem frater creditor ſit conſecutus. Peculium filii eſt, quidquid ille habet a patris rationibus ſeparatum vel iure, ut peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe; item quod adventicium dicitur, id eſt quod aliunde quam a patre obvenit: vel permiſſu patris, quale eſt, quod a patre filio datum eſt, ut filius pro ſuo haberet. Peculium denique patrimonium eſt filiifamilias, hocque nomine quidquid ille habet, appellatur *L. ult. C. de inoffic. teſtam. §. actiones autem, Inſt. de act.* Id ad fratrem morte patris pervenit, ſi & patris etiam fuit. Ac fuit olim quidem, quodcumque nec caſtrenſe nec quaſi caſtrenſe eſſet: nunc autem ex conſtitutionibus ſolum quod a patre profectum eſt, §. 1. *Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Caſtrenſe & quaſi caſtrenſe etiam ante conſtitutiones recentiorum Imperatorum proprium habitum eſt filiorumfamilias. *L. 1. §. nec caſtrenſe, D. de collat.* Ita mortuo patre, ut cæteræ res omnes paternæ, ſic peculium profectitium inter fratres eoſdemque heredes communicatur. *L. certum, C. famil. erciſ.* Ergo hoc dicit Africanus, ſi frater debitor huius generis peculium habuit,

quantum de eo ad fratrem creditorem pervenerit morte patris, eatenus ſublatam eſſe obligationem naturalem, qua frater debitor tenebatur. Hinc fieri, ut pro ea parte ſolvens, quia non debitum ſolvit, habiturus ſit ſoluti repetitionem. Sed prius hoc ſtatui oportebat, quantum de peculio fratris debitoris ad fratrem perveniſſet, in tantum ſublatam eſſe naturalem obligationem, qua fratri creditori tenebatur. De quo quia ambigi poterat, ideo Africanus in eo probando immoratur. Probat autem argumentis uno, atque altero, quorum ſumma huc redit, ut declaretur, quæcumque obligatio eſt, qua tenetur filiusfamilias, eam cohærere peculio eius, ut ad quem pervenerit id peculium, etiam obligatio eum ſequatur. Quod quomodo argumentis ſubiectis efficiatur, paulo poſt oſtendam. Ante doceamus, eo, quod dixi, conceſſo, recte colligi id quod de ſublata naturali obligatione in hac parte poſuit Africanus. Sumamus igitur pro confeſſo, obligationem qua tenetur filiusfamilias, onus eſſe peculii eius, ut ad quemcumque id peculium venerit, ad eum etiam obligationis onus pertineat. Nempe hoc ſequitur in propoſito, fratrem creditorem, qui peculii fraterni partem conſecutus erit, ſimul etiam fraternæ obligationis onus ad eandem ſummam eſſe ſuſcepturum Quod si ita eſt, eveniet eodem tempore, ut fratri creditori ex ſua perſona debeatur, & ipſe ex perſona fratris debere incipiat, ut simul & creditor ſit eiuſdem rei nomine & debitor. Quod quia fieri non poteſt, iure fit, ut cum in eum locum res redierit, obligatio quæ prius fuerat, confusione tollatur, *d. L. Granius, 71. D. de fideiuſſor.* Priore ergo illa ſententia posita, quam dixi, dubitari non poteſt, quin recte colligat Africanus, naturalem obligationem quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculii debitoris partem frater ſit conſecutus. Ideo & hanc collectionem Africanus omisit, ſat habens id ponere, unde nullo negotio ea intelligebatur. Ac ne id quidem; unde ea intelligebatur, aperte poſuit; ſed ſubiectis argumentis intelligendum reliquit. Nunc ergo quibus argumentis id probet, videamus.

Sunt autem in illis verbis; *adeo ut ſi prælegatum filio, eidemque debitori id fuiſſet*, & quæ ſequuntur. Ac primum eſt huiuſmodi. Adeo verum eſt naturalem obligationem in propoſito eatenus ſublatam, quatenus peculium fratris ad fratrem creditorem perveniſſet, ut etiam verum ſit, quod ſequitur. Finge enim peculium fratris debitoris totum eidem prælegatum eſſe, id eſt ita legatum, ut præ cæteris heredibus id ſolus caperet. Si id ex prælegato conſequi volet, ante omnia deductio huius debiti a fratre creditore ex eo peculio fiet. Id eſt, non aliter frater creditor cogetur partem huius peculii reſtituere, quam ſi illi pro debito naturali ſatisfactum ſit; quod ipſum videlicet de peculio, quod reſtituit, deducet. Quodnam vero hoc argumentum eſt, dicet aliquis, ut probetur debitum cohæſiſſe peculio, atque ita naturalem obligationem, quæ fuiſſet, perceptione peculii ſublatam videri? Ductum eſt ex comparatione maiorum hoc modo: Nam ſi frater debitor, qui peculium nondum habet, habere tamen vult a fratre, antequam id conſequatur, cogitur de eo quod fratri naturaliter debet, ei ſatisfacere, quatenus eius peculium accipit: quanto magis frater creditor, qui debitoris fratris peculium pro parte, iure ſucceſſionis obtinet, debitum naturale fratris debitoris quod peculio eius cohæret, agnoſcere cogetur, ut sic ex eo peculio sibi ſatisfaciat? Facilius enim sibi ſatisfacere poteſt ex eo, quod habet, quam ex eo quod nondum habet, deductionem ſummæ sibi naturaliter debitæ adverſus invitum fratrem inſtituere. Nam si rei legatæ dominium recta tranſit in legatarium, ut tranſit. *L. a Titio, 64. D. de furt.* Tranſibit etiam peculii prælegati dominium in fratrem debitorem, ut simul fratris creditoris eſſe desierit. Neque tamen eo minus de parte peculii quæ ad eum iure hereditario redire poterat, deducere poteſt, quod naturaliter sibi debetur: quia etsi iure nulla ex parte iam peculii dominus eſt: poſſeſſio tamen eſt eius, eamque legatarius ab herede nanciſci debet. Quam si ſua auctoritate occupet, reddere cogitur interdicto Quod legatorum. *L. 1. D. quod legat.*

Sequitur alterum argumentum in illis verbis, idque maxime conſequens eſſe. Argumentum ductum eſt ex ſententia quadam Iuliani, quam Africanus pro confeſſa, certe pro recepta ſumit. Quæ quam vera ſit, & quam ad rem propoſitam faciat ſic facilius poterit intelligi, ſi præmiſerimus, quod ſubiicio. Id autem tale eſt. Si quis cum filiofamilias contraxerit, ex eodem contractu duos obligatos habet: filium in ſolidum, ut quemvis patremfamilias, & patrem dumtaxat de peculio. *L. ſi quis cum, 44. D. de pec.* Quod ſi filius vivo patre ita tenetur, multo

multo magis tenebitur patre mortuo, cum morte patris ſui iuris eſſe incipiat. Et ſi pater de peculio tenetur, dum vivit: eo mortuo tenebuntur heredes patris. Nam hi in ius & locum defuncti ſuccedunt *L. ſi quis ſervum*, 29. *L. quæſitum*, ſeq. §. 1. *eod.* His poſitis, efficitur illa Iuliani ſententia, de qua loquimur, quæ eſt huiuſmodi: ſi filiusfamilias vivo patre extraneo debuerit, deinde mortuo patre creditori ſolvat, poſſe eum, quod ſolvit, repetere a coheredibus iudicio familiæ erciſcundæ quod ipſum legitur & in *L. his conſequenter*, 18. §. *ſi filiusfamilias*, *D. fam. erc.* Efficitur autem ex ſuperioribus hoc modo. Nam filius extraneo illi creditori dum ſolvit, negotium gerit, & gerit non voluntate ſua, ſed neceſſitate obligationis coactus. Quæ res duæ familiæ erciſcundæ pariunt actionem. *L. heredes*, 25. §. *ſi unus*, & §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Negotium coheredum gerit, quia eos liberat. Liberat autem, quia de peculio tenebantur. Neceſſitate obligationis coactus totum ſolvit, quia etiamſi omnes heredes de peculio obligantur pro portione hereditaria: ipſe tamen filius in ſolidum tenetur, quia tenetur ex ſuo contractu. Recte igitur Iulianus in hac ſpecie filio ſolventi, quod ipſe contraxerat, familiæ erciſcundæ iudicium adverſus coheredes dedit. Ex hac ſententia ſic Africanus ratiocinatur, ſi filius debitor ſolutum creditori extraneo, quod ipſe vivo patre debebat, repetit a coheredibus iudicio familiæ erciſcundæ, quatenus de peculio ipſius filii ad eos pervenit: æquum eſt re adhuc integra, ideſt pecunia nondum ab eo ſoluta, iudicio familiæ erciſcundæ id eum conſequi, ut ad quantitatem eius peculii indemnis a coheredibus præſtetur, ideſt ut coheredes caveant ſe illum indemnem præſtaturos. In quo generale hoc pronuntiatum notandum eſt. Cuius rei ſolutæ iudicio familiæ erciſcundæ repetitio eſt a coheredibus, ea re non ſoluta cautio de indemnitate a coheredibus exigi poteſt, ideſt talis, ut caveant ſe indemnem præſtaturos eum, qui eo nomine a creditoribus conveniri poteſt. Quæ ſententia & aliis quoque locis pleriſque ſignificatur: ut *L. ſi filia*, 22. § *Papinianus*, *d. L. heredes*, 25. §. *contra*, & ſeq. *D. fam. erc.* Iam ex hoc poſtremo efficit, quod quærebatur. Nam ſi filius adverſus creditorem extraneum indemnis a coheredibus præſtandus eſt, multo magis ſi quid ipſe coheredibus debebit, hunc adverſus ſe coheredes indemnem præſtare debebunt. Recte, multo magis. Facilius enim coheredes ipſi, quorum ea res eſt, ſibi imperabunt, ne filio de eo controverſiam moveant, quam illud aſſequi, ne extranei a filio petant. Præterea facilius ſibi ſolvent, quam extraneis. Nam ut aliis ſolvas, de loculis ſumere oportet: ut tibi ſolvas, nihil eſt neceſſe. Si quod difficilius eſt, adverſus filium coheredes præſtare debent, multo magis quod ex eodem genere erit facilius id præſtabunt. Et hæc omnia non alia ex re, quam quod debitum naturale, cuius obligatione tenetur filiusfamilias, peculii eius onus eſt, ut ad quemcumque peculium id perveniat, pro qua parte pervenit, eatenus etiam eius obligationis pars hunc ſequatur. Quod ſi verum eſt, iam illud, ut dixi, recte reſpondetur in propoſito, pro qua parte frater creditor in id peculium ſucceſſit, eatenus eum & creditorem & debitorem eiuſdem debiti fraterni eſſe cœpiſſe: proinde & naturalem obligationem, quæ fuiſſet, ſublatam videri confuſione. Quam ſummam eſſe dixi ſententiæ & diſputationis Africani, & quam eandem initio ſum complexus.

§. *quæſitum*, *eiuſdem L. frater*.

Ex ſuperiore diſputatione duo intellecta ſunt; unum, inter patrem & filium nullam niſi naturalem obligationem intercedere, hanc tamen. Alterum, ex hac obligatione ſolutum repeti non poſſe, ſive patri ſolutum ſit, ſive ei qui patri ſucceſſerit. Eadem prorſus ſententia, quanvis in diverſa ſpecie, oſtenditur. Differt autem ſpecies a priore in eo, quod in illa res inter duos fratres contracta erat, in hac res geritur inter patrem & filium. Sed vis eadem utriuſque. Nam & illic obligatio per fratrem creditorem patri quæritur, ut iam patri deberi incipiat, non fratri, ſicut in ſuperiore ſpecie fieri diximus. Sententia huius loci hæc. Sive pater mutuam dedit filio ſuo quem in poteſtate habet, ſive filius patri cuius in poteſtate eſt, & filius patri obligatur & pater filio, naturaliter dumtaxat, non enim obligatur civiliter, ut ſupra diximus. §. *hi qui*, *Inſt. de obl. quæ ex delic.* Ita fit, ut filio poſtea emancipato ſive is patri ſolvat, ſive ei a patre ſolvatur, ceſſet repetitio, ſi quidem manſit obligatio naturalis. Hanc vero & poſt emancipationem manſiſſe probat hoc loco Africanus. Filium poſtea emancipatum fingit, quia ſive filius qui in poteſtate eſt, patri ſolvat, nullam habet repetitionem, etiam ſi maxime alii repetitionem eſſe fingeremus. *L. filiusfamilias*, 9. *D. de obl. & act.* ſive filio ſol-

verit

verit pater, ipſe pro poteſtate & imperio quidvis a filio poſſet auferre; quinimo id a patre profectum iure & ad eum rediret.

De filio autem debitore, ideſt cui pater mutuum dedit, quique emancipatus ſolvit, prius Africanus loquitur. Ait hunc non repetiturum, niſi hac lege, quam ſupra oſtendit, ſi tantum apud patrem de peculio remanſerit. Quod dictum de peculio quam verum ſit, ſatis ſupra demonſtratum eſt. An ceſſet repetitio, quanvis nihil de peculio manſerit apud patrem, quæſtio in eo eſt, non an filius patri obligatus fuerit naturaliter, quod conſtat; ſed an poſt emancipationem quoque ea obligatio manſerit, quod, ut dixi, probare conatur Africanus. Sic autem probat, quod extraneo agente de peculio, intra annum deduceret pater, quod ſibi filius debuiſſet. Hoc a veteribus traditum & inter omnes receptum pro confeſſo ſumit Africanus. Et rectiſſime dictum eſt. Nam ſi poſt emancipationem quoque filiifamilias in patrem de peculio actio datur, uti edicto prætoris datur intra annum, *L.* 1. *D. quando act. de pec. ann. ſit*, par eſt, ut quæ lex & cauſa peculii foret, ſi vere eſſet peculium, ideſt ſi adhuc filius eſſet in poteſtate, (Nam re vera ſolius filiifamilias peculium eſſe intelligitur, quo etiam ſui iuris facto peculii nomen amittitur. *L. ult.* cir. fin. *C. de inoff. teſt. L.* 1. §. 1. *D. quand. act. de pec.*) par eſt, inquam, ut quæ peculii ante conditio foret, eadem nunc quoque ſit, cum de peculio, quod olim fuit, agitur. Peculium autem hic profectitium intelligendum eſt, id ſcilicet, quod patri ſolidum acquiratur. Sicque definitur, quod filius permiſſu patris habet, deducto inde ſi quid patri debeatur. Nam & hæc in peculio ſervi definitio eſt. *L.* 5. in fin. *L. ſed ſi damnum*, 9. §. *peculium*, *D. de pec.* Quare & hac quoque deductione patri ſervata adverſus eum de peculio agetur. Debet autem filius qui in poteſtate eſt, patri naturaliter, ſi quid debet. Ex quo colligit Africanus etiam poſt emancipationem obligationem naturalem manere. Hac ratione, ut exiſtimo, quod, niſi maneret, nulla fieret eius obligationis nomine deductio.

Idem in contrarium valet, ut ſubiicit in verſ. *contra*, filius patri mutuam pecuniam dedit. Pater emancipato ſi ſolvat ob eandem cauſſam non repetet: quia ſcilicet obligatio naturalis manſerit. Eodem, inquit, argumento, quod ſi extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuiſſet, computetur. Non poteſt poſt emancipationem æſtimari, quod pater filio debere olim cœperit, niſi & obligatio manſerit. Æſtimatur autem adverſus patrem, cum adverſus eum de peculio intra annum agitur. Quod creditoribus ad hoc proficit, ut quantum pater debuerit, tantum in peculio eſſe intelligatur, & eatenus pater condemnetur; ideo autem id in peculio computatur, quia ut patris cuiuſque familias patrimonium eſt, ſic eſt peculium; quod nihil aliud eſt, niſi patrimonium filiifamilias §. *actiones autem*, *Inſt. de act.* Porro in patrimonio & bonis cuiuſque non tantum res numerantur, quæ ſunt dominii & iuris noſtri, ſed etiam quod eſt in actionibus & perſecutionibus: in ſumma quod nobis debetur. *L. bonorum*, *D. de verb. ſignif.* Iſto modo & in peculio filii eſſe intelligitur non ſolum quod filius habet cæterarum rerum, ſed etiam quod ei debetur & civiliter & naturaliter. *L. quam Tuberonis*, 7. §. *in peculio D. de pecul.*

CAP.

Digitized by Google

C A P. XX.

De repetitione ob cauſſam futuram datorum, & eam non inhoneſtam. Quæ huius repetitionis cauſſa: Quas hæc partes habeat: in his quid ſit datum; Quid datum ob cauſſam: Et quam varie hæc datio exprimatur verbis a iuris auctoribus: Tum de inſcriptione tituli Dig. De condictione cauſſa data, quam recte ita concepta ſit in omnibus exemplaribus; neque ita reſtitui debeat, ut ſit De condictione cauſſa dati.

Quid ſimile habeat cum indebiti repetitione, datorum ob futuram cauſſam repetitio. Cur hæc non poſſit brevi definitione comprehendi. I.

Summa datorum ob futuram cauſſam diviſio qualis; & quæ ſint utriuſque generis. II.

Dati ob cauſſam repetitio pendet a cauſſa ſecuta aut non ſecuta, eaque honeſta. III.

Cauſſa ſecuta dati repetitionem excludit: non ita contra voluntatem dantis ſecuta, rebus integris. IV.

Cauſſa non ſecuta repetitionem tribuit, ſi quatuor concurrant, & quæ. V.

1. *Ut quid datum ſit* naturaliter, *aut* civiliter. *Poſterius hoc quale.* VI.

2. *Ut datum ob cauſſam futuram. Quæ iſta, plura illius exempla.* VII.

Cauſſa illa aut verbis exprimi debet, aut in dati *verbo poteſtate iuris intelligi. Poſterius hoc in* dotis *verbo diſerte explicatur.* VIII.

Neutro modo declarata, etiamſi adſit repetitionem non habet. IX.

Quot appellationibus veteres dati cauſſam *nuncuparint.* X.

Recta tituli inſcriptio: de condictione cauſſa data, cauſſa non ſecuta. *Illius emendatio vitioſa.* XI.

3. *Ut datum ſit ob cauſſam honeſtam. De hoc alibi.* XII.

I. ATque hæc de obligatione & repetitione datorum ob cauſſam præteritam tum voluntariam, tum neceſſariam: quo in genere poſteriore eſt ſolutio indebiti, unde & indebiti condictio, de qua proxime diximus. Eſt & ſua dati repetitio in his quæ ob cauſſam futuram dantur non diſſimili genere obligationis, ubi ſcilicet obligatio contrahitur (ſi modo contrahitur; de quo poſtea) contrahitur, inquam, ad reddendum id, quod datum eſt, ſimiliter ut in indebito ſoluto ob eam tantum cauſſam, quod hic pariter cauſſa non ſubſit. Quod ſit in hoc genere cum cauſſa ob quam datum eſt, non eſt ſecuta. In quo ſi ſemper conſtaret quid ob cauſſam datum ſit, & eo comperto eſſet ex omnibus futuris cauſſis una & eadem repetitio; poſſet res brevi definitione eſſe contenta, ut diceremus, cum quid ob cauſſam futuram datum eſt, ſi quidem cauſſa ſecuta ſit, ceſſare dati repetitionem: ſi non ſit ſecuta, ius eſſe repetendi. Sed neque prius in facto certum eſt, neque poſterior iuris diſtinctio eſt perpetua. Quam ob cauſſam res eget pluribus verbis.

II. Ac de re tota ex hac partitione ſtatuendum eſt. Non eſt incertum dari ob cauſſam futuram aliquid dici cum quid datur ea lege, eave de cauſſa, ut aliquid ſequatur; ſed hoc non ſemper certum, quando res ita detur; quia non ſemper in dando cauſſa exprimitur, & nihilominus, quod datur, ob cauſſam dari intelligitur. Sit igitur hæc datorum ob cauſſam futuram ſumma diviſio, ut quædam aperte & principaliter dentur ob cauſſam: quædam principaliter ob aliud, quam ut quid ſequatur, tacite tamen & per conſequentiam ob cauſſam dari intelligantur, ut nihilominus in his cauſſa non ſecuta ſit repetitio. Prioris generis ſunt ea, quæ dantur nominatim cauſſa adiecta, ut aliquid ſequatur. Poſterioris donationes etiam ſimplices & inter vivos. De quibus generibus cum non idem ſervetur in dati repetitione, eiuſque cauſſis, merito hæc genera diſtinguimus; de quibus & ſeparatim dicemus.

III. Quod aperte ob cauſſam datur, ut ſcilicet in ſpeciem donationis ſimplicis non cadat, eius ita eſt, aut ceſſat repetitio, ut eſt cauſſa ob quam detur. In ea

cauſſa

cauſſa dandi duplex: honeſta, certe non inhoneſta, veluti, ut me alas, ut filium tuum emancipes: aut turpis, veluti ut furtum aut lenocinium facias. Quod ob cauſſam futuram non inhoneſtam datum eſt, de eo ita eſſe ſolet repetitio, prout cauſſa ſecuta eſt, aut non ſecuta; ut ſecuta deneget, non ſecuta tribuat repetitionem. Itaque & de eo dicam iſto ordine.

IV. Cauſſa ergo ſecuta, ſic ius eſt, ut dum ſecuta ſit non contra voluntatem dantis rebus integris interpoſitam, ceſſet repetitio. *L. 1. D. de cond. cauſ. dat.* Merito: apparet enim quod datur, ut aliquid fiat, ſequatur, dari hac mente, ut fiat accipientis, & maneat, ſi cauſſa ſecuta ſit. Omnis porro conventio ut ſorte actionem non pariat, at certe parit exceptionem. *L. iuriſgentium, §. ſed cum nulla, D. de pact. L. in bonæ, Cod. eod.* proinde exceptionem poſſidenti ad retinendum id quod petitur adverſus conventionem. Adieci dum cauſſa non ſit ſecuta contra voluntatem dantis. Nam ſi rebus integris pœniteat dantem, & is denuntiet ei qui accepit, ne cauſſam impleat, velle ſe ſibi reddi quod dedit: fruſtra poſtea impleatur cauſſa, nec eo minus erit dati repetitio. *L. 5. §. 1. D. de cond. cauſ. dat.* Quibus tamen in cauſſis licet pœnitere, de quo poſtea. Hoc ideo, quia voluntas dantis, quæ faciebat implendæ cauſſæ, & retinendi dati poteſtatem, pœnitentia eſſe deſiit.

V. Contra ſi quid ob eandem iſtam cauſſam datum eſt, placet [1] cauſſa non ſecuta competere repetitionem. Eſtque hæc definitio iuris multis locis ita tradita, ut nihil addatur amplius. *L. ſi militem. L. dictam, C. de cond. ob. cauſ. L. damus, 52. L. in ſumma, 65. §. quod ob rem, D. de cond. ind.* Cuius regulæ tot fere ſunt exempla, in quibus ius ſuperius confirmetur, quot ordine reſcripta ſub *Titulo C. de cond. ob cauſ. dat.* Itaque deſiderat hæc repetitio quatuor, in quibus eſt cauſſa obligationis & repetitionis propoſitæ: ut quid [2] datum ſit: ut datum ob cauſſam, ut aliquid ſequatur; ut ob cauſſam non inhoneſtam; ut cauſſa non ſit ſecuta.

VI. Primum ut quid datum ſit. Unde repetitio & condictio datorum dicta. *d. L. ſi militem*, & in inſcriptione ipſa *Tituli de cond. ob cauſ. datorum, C.* Sed & repetitionis & reſtitutionis verbum ſatis prius aliquid datum arguit. Hoc quoque ut in ſuperioribus cauſſis moneri eo pertinet, ut intelligatur idem illud, quæ ſcilicet hic obligatio naſcitur, re naſci non ſola conventione. Datum accipiemus, non ſolum quod naturaliter datum eſt; ſed etiam quod civiliter, ideſt quod non vere datum, iure tamen pro dato habetur. Quod accidit, cum creditor, cui debebantur, puta decem, ea debitori ſuo [3] accepto tulit, ut is aliquid faceret, puta ea lege, ut expromiſſorem daret. Hic ſi debitor non det expromiſſorem, placet ea decem ei condici poſſe. *L. 4. L. ſi mulier, 10. D. de cond. cauſ. dat.* Qua actione? non utique vetere, ut quæ per acceptilationem ſublata ſit. *§. item per. Inſt. quib. mod. toll. obl.* Qua igitur? condictione videlicet ob cauſſam dati, cauſſa non ſecuta. Quam ob cauſſam etiam & ſuperior ſententia in *Titulum de cond. cauſ. dat.* relata eſt. Sed quomodo condictio ob cauſſam dati, ubi nihil datum proponitur? Nempe ideſt, quod ante dixi: naturaliter hic datum nihil eſt: iure decem pro datis habentur. Optima ratione, quod etſi res ordine naturæ gereretur, tamen decem iſta non magis ad debitorem opera creditoris pervenirent, quam acceptilatione pervenerint. Ordo enim rei gerendæ hic futurus erat, ut debitor decem debita ſolveret creditori, creditor ea accepta traderet eidem debitori, ut rurſum apud eum eſſent, ut ante. Atqui acceptilatione creditoris debitor idem conſequitur, merito igitur & hoc eodem loco habendum eſt, quod Iabolenus ſcribit in *d. L. ſi mulier.* Quidni vero habeatur, ut vitetur circuitus ſuperior inanis & ſupervacuus, atque ita quaſi brevi manu, & ut loquitur Ulpianus, celeritate actionum coniungendarum pecunia ad debitorem perveniſſe exiſtimetur? Ratio Ulpiani in ſpecie non diſſimili in *L. 3. §. ult. D. de donat. int. vir. & uxor.*

VII. Secundum eſt in cauſſa huius repetitionis, ut quod datum eſt, datum ſit ob cauſſam futuram. Cauſſa dandi futura eſt, dandi finis; cum quid ſcilicet datur hoc animo, ut aliquid ſequatur. *d. L. damus, 52. D. de cond. ind.* Et quodcum-

1) Duar. *h. t.* C. 2. Duas eſſe huius actionis cauſſas. (1) Si quid datum ut fiat, neque id factum. (2) Pœnitentia eius qui dedit ut fiat, antequam factum. Et hic ſi quis expleverit ex parte ſua, eo invito alter non poteſt reſilire, ſed cogitur, ſi is urgeat, facere: ipſe autem qui implevit recedere poteſt,

2) Dominio tranſlato. Non ſi tradidit tantum, nec nummos accipientis fecit, ut *in ſpecie L. 3. §. ſubtilius* 8. *h. t.* Duar. *h. t.* C. 3. *f.* 297.

3) Duar. *d.* C. 3. remiſſio debiti ſimilis eſt dationi, quia in effectu nihil refert, an tibi 10. dem an liberem obligatione ad 10. vid. *infra* C. 32. *N.* 4.

eumque eſt, quod ſequi placet, ad hanc cauſſam pertinet, Id eſt ut hac condictione repeti datum poſſit quaſi cauſſa non ſecuta, nihil intereſt, utrum ita detur tibi, ut aliquid facias, veluti Stichum des, Stichum manumittas, cauſſam meam agas; an ut ego aliquid ſaciam, ut ſi dem tibi decem conditionis implendæ cauſſa, ut ad legatum hac conditione relictum perveniam. *L.* 1. *D. de cond. cau. dat.* Vel ut eadem faciat Lucius Titius; vel ut aliquid obtingat, veluti ſi dem ſponſo dotem, ut nuptiæ ſequantur. *L.* 1. *C. de cond. ob cauſ.* Quæ definitio indicatur in *L. ſenatus*, §. 1. in fin. *D. de mort. cauſ. donat.*

VIII. Ob cauſſam huiuſmodi datum extra donationem intelligitur, quod ea cauſſa nominatim adiecta datum eſt. Nominatim ſic accipiemus, non tantum ſi cauſſa verbis palam expreſſa ſit; ſed etiam ſi verbo [4] dati poteſtate iuris includatur. De expreſſa cauſſa nemo dubitat. Ut puta nemo dubitat in his dari rem ob cauſſam, eoque & ad definitionem iuris ſuperiorem pertinere, ſi dederim ſundum nominatim, ut creditoribus meis ſatisſaceres: dederim fundum, ne alienares; dederim pecuniam, ut procurator meus eſſes; dederim, ut Stichum manumitteres, quæ ſunt exempla. *L.* 2. 3. 5. 6. 9. *C. cond. ob cauſ.* Sed & tunc pecunia ob cauſſam data intelligitur, cum ſponſo dos data eſt, nec quidquam additum eſt præterea. Dotis enim verbo poteſtate iuris intelligitur ſubeſſe hæc cauſſa dandi, ſi nuptiæ ſequantur, vel ut nuptiæ ſequantur, pro ea diſtinctione, quæ eſt in *L. dotis*, 7. §. *ult. D. de iur. dot.* de quo ſatis diximus ſupra in definitione dotis, huius *Libri Cap.* 4. Hinc nuptiis non ſecutis, repetitio & condictio dotis ita datæ, ut ſtatim res fierent ſponſi, quanvis nominatim adiectum non ſit dari, ut nuptiæ ſequantur, ſeu futuri matrimonii cauſſa, aut quidquam additum de reddenda dote in hunc caſum. *L.* 1. *C. de cond. ob cau. d. L. dotis*, §. *ult. de iur. dot.* Idque uſque adeo verum eſt, ut ſi extraneus ante nuptias pro muliere dotem dederit, & pactus ſit tantum dotem ſibi reddi nominatim ſoluto matrimonio; tamen placeat etiam non ſecutis nuptiis eum repetitionem habere, non mulierem. *L. ſi extraneus*, *D. de cond. cau. dat.* Atqui videbatur illi adverſari ſua conventio. Nam qui pactus eſt ſibi reddi ſoluto matrimonio, intelligitur pactus eſſe reddi matrimonio contracto,

Tom. III.

deinde ſoluto. Non enim ſolvitur niſi prius contractum. Quibus verbis non continetur ille caſus, quo nuptiæ non ſequentur. Porro in dote maxime hoc ius valet, ut ſi in dote pro muliere danda pater vel extraneus in unum caſum pepigerit dotem ſibi reddi, in eum caſum, in quem non pepigit, non ſit ei actio, ſed mulieri. *L. ſi eum dotem*, 22. in pr. *D. ſol. mat.* Sed nihil hic in propoſito repetenti dotem extraneo adverſatur. Nam is dotem dando, & illud quod diximus, tantum paciſcendo, nihilominus in utrumque caſum ſibi caviſſe intelligitur, & quo contractæ erunt ac poſtea ſolutæ nuptiæ, & quo non erunt ſecutæ. Prius illud cavit aperta conventione: hoc poſterius ideo, quia dedit ob cauſſam, ut nuptiæ ſequantur. *Nam quaſi cauſſa non ſecuta*, inquit Ulpianus, *habere poteſt condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato.* d. L. ſi extraneus. At enim nulla eiuſmodi cauſſa adiecta eſt. Immo adiecta hoc ipſo, quod extraneus dotem dedit. Quo verbo dixi poteſtate iuris ineſſe hanc conditionem, ſi nuptiæ ſequantur.

IX. Sed ut nihil refert, utrum cauſſa nominatim verbis expreſſa ſit, an poteſtate iuris verbo dati tacite incluſa, ita alterutrum neceſſe eſt, ut intelligatur ob cauſſam principaliter datum, atque hinc repetitioni locus fiat. Quod ſi cauſſa principalis nulla ſignificata erit, ceſſabit ex ea cauſſa repetitio, quantumvis qui dedit, cauſſam aliquam ſibi propoſuerit, ob quam daret, & quam ſperaret eo facto ſecuturam eſſe, alioqui non daturus. Ut puta, cum egiſſem tecum, ut aliquo proficiſcereris meo nomine, primo gravatus es. Poſt ut te liberalitate provocarem ad eundum, diſſimulans propoſitum dedi tibi decem ſimpliciter, nulla nominatim conditione addita, ut proficiſcereris quo volebam: ſed tamen hoc ipſum apud me agens, ut proficiſcereris. Placet quanvis non proficiſcare, & nullam habuerim cauſſam dandi, nisi ut ad id te invitarem; tamen mihi repetitionem dati non eſſe quasi cauſſa quam ſpectavi non ſecuta. *L. ſi repetendi*, *C. de cond. ob. cauſ.* Recte: prius eſt enim, ut ob cauſſam quid datum sit, quam ut repetatur tanquam ob cauſſam datum, cauſſa non ſecuta. Hic autem ob cauſſam datum non eſt, quod datum eſt cauſsa verbis non adiecta.

X. Quod cum tantopere interſit ad hanc repetitionem intelligi, ubi quid datum

Gggg sit

4) Sive cauſſa verbis expreſſa, ſive id actum eſſe ex conjecturis colligatur, ut *d. L.* 6. ait Duar. *h. t. C.* 3. vid. de hac condictione Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 59. *n.* 12. *& ſeqq.*

ſit ob cauſsam, poſtulat hic locus, ut obſervemus, quibus verbis veteres ad hanc cauſsam significandam, & quam varie utantur. Non quia verba quidquam mutent in re: ſed ut ex verbis, quæ in hac ſpecie legentibus occurrent, liceat rem agnoſcere, de qua quærimus. Dicitur igitur in uſu iuris, quod iſta cauſſa adiecta datum eſt, datum ob cauſſam. Unde repetitio, & condictio ob cauſſam dati, cauſſa non ſecuta. *d. L. ſi militem*. Et in inſcriptione ipſa *C. de cond. ob. cau. dat*. Idem uſitatius dixerunt veteres datum ob rem; & genera ex cauſſis dandi ita diſtinguunt, ut quædam dicant dari ob cauſſam, quædam ob rem: cauſſæ verbo intelligentes cauſſam præteritam; rei autem appellatione cauſſam futuram. Ut initio huius argumenti monuimus. *L. damus*, 52. *L. in ſumma*, 65. *§. quod ob rem*, *D. de cond. ind. L.* 1. *D. cond. ob turp. cauſ.* Unde huius poſterioris generis obligatio & tractatio dicta obligatio ob rem dati, & tractatus ob rem dati. *L. ult. D. de cond. cauſ. dat. L. naturalis*, in pr. *D. de præſcr. verb.* Quæ initio diximus ita diſtingui, non significatione verborum, quæ ſane idem valent: ſed commoditatis & doctrinæ cauſſa, quia ſcilicet ſpecies singulæ ſuis & diſcretis nominibus appellatæ facilius agnoſcerentur. *arg. in §. alio, Inſt. quib. mod. teſt. inf.* Hanc eandem cauſſam veteres legem dicunt, & quod ob cauſſam datur, dari ea lege, ut quid ſequatur: & qui hanc cauſſam adiicit, traditioni legem dicere. *L.* 3. *L. dictam*, *C. de cond. ob cauſ. L. legem. C. de pact. L. ea quidem*. Et toto Titulo *C. ſi manc. ita fuer. alien.* Ratio nominis a me expoſita ad *d. L. legem*, *C. de pact.* Eadem cauſſa interdum vocatur conditio, ut cum dicitur addita conditio repetendi, pro addita cauſſa, ob quam repetatur. *L. ſi repetendi*, *C. de cond. ob cauſ.* Et conditio ſervata, pro cauſſa impleta. *L.* 3. *C. eod.* Quod non ita dicitur ex initio, ſed ab effectu. Nam initio quidem cauſſa & conditio non modo non ſunt eadem, ſed etiam contrariam plane vim & significationem habent. Quod ſub conditione datur, non prius transfertur, quam conditio extiterit. *L. qui abſenti*, 38. *§.* 1. *D. de acq. poſ.* Et generaliter hæc vis eſt conditionis, ut quod ſub conditione placuit, non ante cedat, quam conditio extiterit, re in futurum eventum dilata. *L. cedere*, *D. de verb. ſignif. § ſub conditione*, *Inſt. de verb. obl.* Quod autem datur ob cauſſam, ſtatim transfertur. Argumentum eſt condictio, quæ eo nomine competit. *L. ſenatus*, *§.* 1. *de mort. cauſ. don.* Non eſt condictio niſi ei qui dominus eſſe deſiit; quoniam rem ſuam condicere nemo poteſt, præterquam a fure & malæ fidei poſſeſſore. *L. ult. D. uſufructuar. quem. cav. §. ſic itaque*, *Inſt. de act.* Sed cauſſa dicitur conditio ab effectu, quia adiecta eo rem deducit, ut niſi ſecuta ſit, datum revocetur, quo ſubſecuto res perinde haberi incipit, quod datum eſt, quaſi nec datum eſſet; ut accideret, ſi eius quod ſub conditione datum erat, conditio defeciſſet. Id enim demum dicitur perveniſſe ad nos, quod eſt manſurum, & idem ſolum dicimur cepiſſe. *L. aliud eſt capere*, *D. de verb. ſignif.* Atque his appellationibus uſus eſt in re ob cauſſam inter vivos data. In teſtamentis autem uſus obtinuit, ut hæc cauſſa diceretur modus, & quæ relicta ſunt ob cauſſam ut quid fiat, relinqui ſub modo. *L. demonſtratio*, 17. *§. ult. D. de cond. & dem.* Non dubium quin diſcretionis cauſſa, non quod aliud ſit dare ob cauſſam, quam ſub modo; aut ſub modo aliud, quam ob cauſſam, ut declarat Titulus *Cod. de donat. quæ ſub modo*. Dicitur enim modus, quia quod ob hanc cauſſam datur, ſic datur, ut qui accipit, rem habeat non ſimpliciter, ſed ad certum modum, id eſt hactenus, ut pro eo hoc aut illud faciat, puta monumentum ædificet, filium emancipet. *d. L. demonſtratio*, *§. ult.* In his etiam de uſu veterum obſervandum & illud, cum quid datur ob cauſſam, non tantum dicere veteres cauſſam adiici, aut legem dici dationi, ſed etiam legem dationi dari eodem ſenſu, ut hæc pro eodem uſurpantur in *L. ea quidem*, *C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Quo exemplo admonemur eadem analogia recte dici cauſſam dationi dari, pro cauſſam adiici, cum quid ob cauſſam datur.

XI. Unde etiam intelligimus rectam eſſe inſcriptionem huius Tituli in *Pandectis*, quæ in omnibus exemplaribus ita concepta eſt. *De conditione cauſſa data, cauſſa non ſecuta*, ut ſit ſententia, de condictione cauſſa adiecta, cauſsa non ſecuta. Scio quoſdam doctos viros reformidantes novitatem huius locutionis emendandum putaſse, & ita legendum, [5] de con-

5) Ut emendant Duar. *ad h. tit. D. C.* 1. & Hot. *in Epitom. h. t.* Male autem Rutger. Rulant. *de Commiſſar. P.* 3. *Lib.* 5. *C.* 14. *n.* 5. *&* 9. condictionem cauſſa data, & condictionem ob cauſſam ceu diverſas ſpecies ſeiungit.

condictione cauſsa dati pro ob cauſsam, ad exemplum inſcriptinnis Codicis, quæ eſt *de condictione ob cauſſam datorum*. Sed quominus ita mutandum putem, movet me non tantum fides receptæ lectionis, ſed etiam vitium manifeſtum mutatæ ſcripturæ. Primum omnia exemplaria & vetera & nova, & in primis Florentina conſentiunt In hanc lectionem, *De condictione cauſſa data*. Atqui & hanc per ſe rectam eſse oſtendimus. Quod cum ita sit, non neceſse eſt, atque adeo non convenit eam, quæ ſuit ſcriptoris, mutare, etiam si liceret meliorem reponere. Non enim, ſi quid usitatius eſt, aut etiam melius, ideo hoc vitioſum, quod non æque usitatum, aut minus bene. Alioqui cum legimus aliquid ob cauſſam datum, reponere oporteret ob rem datum, quia hoc veteres frequentius & pene ſemper usi ſunt. At dicimus amplius, etiam si hic aliquid mendoſum eſset, tamen non sic emendari debuiſse, ut reponeremus de condictione cauſſa dati, quod eſt non dico vitiosius, ſed per ſe ita vitioſum, ut in eum ſenſum, in quem reſtituitur, latinus ſermo repudiet. Ut enim recte dicimus aliquid datum ob rem, id eſt ut res aliqua ſequatur, & tamen non recte dicimus datum re, pro ob rem: sic recte dicimus aliquid datum ob cauſsam, ut in inſcriptione Codicis; at non item recte, datum cauſsa pro ob cauſsam. Et vero res ſaciat, ut priora recte dicantur, & intelligantur de eo, de quo nunc agitur: poſterius autem neutrum dici poſſit de eadem re nisi vitioſe. Nam cum dicimus aliquid datum ob rem, præpositio, ob, oſtendit significari hic a nobis finem, propter quem quid detur, ac proinde cauſſam futuram, id eſt ut aliquid ſequatur. Cum autem dicimus aliquid datum re, ambigue loquimur, aut potius aliud omne dicimus, quam quod huic loco conveniat. Incertum eſt enim, utrum dicamus aliquid datum ob rem, an vero aliquid datum re, id eſt re ipſa & vere. Immo vero hoc poſterius ſolum dicere intelligimur ex uſu latinorum. Quod quidem ad hanc repetitionem nihil pertinet. Similiter cum dicimus aliquid datum ob cauſſam, ex eadem præpositione agnoſcimus cauſsam futuram, ut ea ſequatur, de quo nunc agimus. At cum dicimus aliquid datum cauſsa, nec adiicimus qua, nihil dicimus. Non enim tantum poteſt intelligi datum ob cauſſam, ſed multo magis datum cauſſa mea, tua, alterius, id eſt meo nomine, tuo nomine, illius nomine. In quibus omnibus dari poteſt ob cauſſam præteritam, & dari iſtorum gratia, quia debitum ſuit. Neque vero in his ulla eſſe poteſt huius, de quo agimus, repetitio. Ita plane etiam si vitioſa eſſet illa inſcriptio Pandectarum, tamen reponere de condictione cauſſa dati non liceret. Vetus igitur inſcriptio nobis retinenda eſt, non ſolum ob fidem & auctoritatem omnium codicum, quodque per ſe recta eſt, ſed etiam quia neceſſe eſt, vitio manifeſto ſermonis illam alteram lectionem repudiante. Sed hæc de illa inſcriptione obiter, quia locus notandi occurrebat. Cæterum ſuperiora meminerimus huc ſpectare, ut cum non sit locus huic repetitioni, de qua agimus, nisi quid datum sit aperte ob cauſſam cauſſa verbis adiecta, animadvertere poſſimus, ubi sit hæc cauſſa, & ubi ex hac cauſſa repetitio in iis appellationibus, quibus in hac re veteres usi ſunt, ne loci cum incidiſſent, præterirentur a nobis tanquam hoſpites ignoti.

XII. Tertium exigit hæc repetitio, ut datum sit ob cauſsam non inhoneſtam. Nam quod ob turpem cauſsam datum eſt, etiam cauſsa non ſecuta ſæpe repeti non poteſt. De quo genere poſtea ſuo ordine.

Digitized by Google

C A P. X X I.

Quam generaliter verum ſit, datum ob cauſſam cauſſa non ſecuta repeti poſſe, quicumque caſus obſtiterit, quo minus poſſet antea & in poſterum impleri; Et de ſententia: *L.* pen. *C. de cond. ob cauſ. dat.*

Quartum ad repetitionem dati neceſſarium in eo eſſe, ut cauſſa ob quam datum, non ſit ſecuta. I.

Cauſſa non ſecuta ea quæ aut nunquam ſequatur, aut ſequi poteſt, licet nondum ſecuta. II.

In priore rurſus aut adeſt culpa accipientis, aut caſus. Quæ hic culpa, & qui caſus. III.

Si culpa: cauſſa etiam non ſecuta eſt dati repetitio. IV.

Si caſus; quocumque modo cauſſa non ſecuta, idem iuris. V.

Ratio. VI. VII.

Contrariis occurritur. VIII. IX.

Interpretatio ex vulgata lectione duplex L. *penult.* cod. de condict. ob cauſ. dat. *Quæ altera verior & præferenda*. X. XI.

Bartoli diſtinctio improbatur. XII.

I. QUartum eſt ad repetitionem dati, ut cauſſa ob quam datum eſt, non ſit ſecuta. Et ſi quidem uno modo; aut pluribus quidem, ſed pari ratione fieret, ut cauſſa non ſequeretur: res iam eſſet confecta. Diceremus enim ex regula propoſita, quod ob cauſſam non inhoneſtam ita datum eſt, ut dixi, cauſſa non ſecuta ſine exceptione repeti poſſe. Sed neque uno modo, neque ſimiliter accidit, ut cauſſa non ſequatur. Exſiſtit ergo hoc loco quæſtio, an quocumque modo non ſequatur cauſſa ob quam datum eſt, competat dati repetitio. Et ſi nihil aliud quærimus quam quo modo cauſſa non ſit ſecuta, breviter dicendum eſt competere: in quæ verba & regula ſuperior concepta eſt. Id ita liquido probabitur, ſi propoſitis iis modis, quibus fit, ut cauſſa non ſequatur, animadverterimus in his omnibus repetitioni locum eſſe.

II. Et cauſſa non ſecuta dicitur dupliciter; Vel quæ ita ſecuta non eſt, ut nec ſequi poſſit, ſive quod ab initio fuit impoſſibilis, ſive quod ab initio poſſibilis, poſtea impleri poſſe deſiit, vel quæ etiam nunc impleri aut ſequi poteſt, nondum tamen eſt ſecuta.

III. Eamus per utrumque genus. Utrumque repetitionem dabit per omnia. Ac de ea cauſſa quæ nec ſequi poteſt, videamus. Et quominus cauſſa aliqua impleri & ſequi iam poſſit, duobus modis accidit; aut accipientis culpa, aut caſu: quæ diſtinctio traditur in *L. pen C. de cond. ob. cauſ.* Culpa accipientis; cum potuit implere, nec fecit, atque ita facultas implendi amiſſa eſt; veluti, ſi Stichum manumittere aut dare ex conditione debuit, & cum potuiſſet alterutrum facere, Stichus deceſſit. Caſu; cum quominus cauſſam poſſit implere, natura aut alienum factum obſtitit, cui proviſione ſua occurrere, aut obſiſtere non potuit. Sic enim fere caſus fortuiti deſcriptio eſt *L. quæ fortuitis, C. de pignor. act. L. ad eos, D. commod.*

IV. Et ſi quidem culpa accipientis cauſſa ſecuta non ſit, nulla dubitatio eſt, quin poſſit datum repeti. Ubi ſcilicet de ſe queri debeat reus, qui cum poſſet & deberet legi dictæ parere, non paruit. *L. dictam*, in fin. *L. pen. L. ult. C. de cond. ob cau. L.* 3. in pr. verſ. *Proculus, L.* 5. §. *ult.* illic, *ſed ubi accepit, D. eod.*

V. At quid si ſecuta non sit caſu? an tum etiam datum repeti poſſit, magna quæſtio eſt: quid enim poteſt imputari ei, qui implere etiam si vellet, non potuit? ut eſt in *L. cum quidam*, 17. §. *ſi pupillo, D. de uſur.* Quinetiam & datum hoc caſu repeti non poſse, cum aliis in locis ſcriptum videtur, tum vero ſcriptum eſt diſerte in *d. L. pen. C. de cond. ob cauſ.* Rurſum in contrariam ſententiam loci ſunt non modo complures, ſed etiam innumeri ſcripti non minus diſerte. Quid ergo eſt? Nos vero sine metu prioris obiectionis audenter dicemus conſpirantibus omnibus aliis locis, & ſententiis veterum, quæ de hac re exſtant, etiam caſu cauſsa non ſecuta ob cauſsam datum repeti poſse. Sed an quocumque caſu ſecuta non sit? Nam Accurſius & Bartolus ad *d. L. pen. C. de cond. ob cauſ.* & ad *L.* 3. *D. eod.* hunc locum tractantes coguntur, velint nolint, in pleriſque caſibus hanc repetitionem agnoſcere: ſed dum eos locos explicare & tueri volunt, in aliis

casi-

caſibus negant. Nos dicimus, quovis caſu cauſsa ſecuta non ſit, repetitioni locum fore, sive cauſsa in eventum collata ſit, sive in [1] poteſtatem accipientis: & non tantum ſi caſus in perſona aut re accipientis contigerit, ſed etsi in alterius cuiuſvis perſona, atque adeo ipsius dantis.

VI. Sit ergo cauſſa non in poteſtatem accipientis collata, ſed in caſum. Omnes concedunt cauſſa caſu non ſecuta eſſe repetitionem ei qui dedit. Id enim agebatur. Ut puta, dedit quis ſponſo dotem pro muliere, ob cauſſam videlicet, ut nuptiæ ſequerentur; quam cauſſam conſtat non eſſe positam in poteſtate ſolius ſponsi, ſed in eo quoque ut velit ſponſa, & ut poſſit illi nubere. Ut hac parte pendeat a caſu, poteſt enim mulier nuntium remittere. Poteſt & ea conditio eſse perſonarum, ut quanvis velint, tamen matrimonio iungi non poſsint. Faciamus ergo alterutrum eveniſse, atque ita ſponſum caſu prohibitum, ne perveniret ad nuptias. Certi iuris eſt, nihilominus eum qui dedit, repetere datum poſse, tanquam datum ob rem re non ſecuta, *L. ſi extraneus*, *D. de cond. cau. dat. L.* 1. *C. eod.* Eiuſdem rei exemplum eſt in milite, cui pecuniam dedi, ut ad cauſſam aliquam mihi procurator eſset. Nam nec in eius poteſtate eſt eam cauſſam implere; ſed pendet etiam ex eo, si adverſarius, cum quo agere volet, patietur, & tempore litis conteſtatæ omittat exceptionem procuratoriam. Alioqui miles procurator eſse prohibetur, *L. filiusfamilias*, 8. §. *veterani*, *D. de proc.* Et tamen non minus hoc caſu placet procuratione ab eo non ſuſcepta datum repeti poſse: tametsi cum inſtituiſset agere, ab adverſario ſit ſummotus, ideſt caſu prohibitus cauſsam implere. *L. ſi miles*, *C. de cond. ob cauſ.*

VII. Sed etsi cauſsa collata ſit in poteſtatem & factum accipientis ſolius, non eo minus dati repetitio eſt, quanvis cauſsa caſu non ſecuta. Exempla hæc ſunt, in quibus hæc ſententia dilucide confirmatur. Dedi nautæ pecuniam, ut me aut merces veheret. Nave caſu amiſsa non valuit. Placet licere mihi vecturam repetere hoc ipſo, quod munere vehendi functus non ſit, quanvis appareat certo caſu id contigiſse. *L. ex conducto*, 15. §. [2] *item cum quidam*, *D. loc.* Item dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Scriptum eſt in *L. ult. D. de cond. cau. dat.* si mortuus eſt Stichus, poſse me repetere, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Sed dici poteſt facilius hæc admitti poſſe in ſuperioribus exemplis, quia etsi in his cauſsa caſu ſecuta non ſit, tamen caſus contigerit aut in perſona accipientis, ut ſuperior caſus in milite; aut in re eius, ut qui caſus contigit nave nautæ amiſsa, aut Sticho ſervo tuo mortuo. Æquum eſse nimirum, ut qui caſus in perſona aut re accipientis contigit, is domino noceat potius, quam alii. Quando ſecundum naturam eſt, ut cuius eſt commodum, ſit etiam & incommodum. Et contra, *L. ſecundum*, *D. de reg. iur.* Unde ductum, quod placuit rem ſuam domino perire. *L. pignus*, *C. de pignor. act.* Sed ne quem forte hoc moveat, adiicimus amplius, etsi caſus contigerit in perſona etiam ipsius dantis, atque adeo quanvis is fecerit, ne cauſsa ſequeretur, qui præcipue caſus illi nocere debebat; nihilominus & hoc caſu cauſsa non ſecuta competere dati repetitionem. Et vero id significatur aperte in *L.* 1. in fin. *D. de cond. cau. dat.* in ſpecie huiuſmodi. Legatus eſt mihi ſundus ſub conditione, ſi decem Titio darem. Ego conditionis implendæ cauſſa Titio decem dedi: nempe ob cauſſam, ut conditione impleta liceret mihi legatum agnoſcere, & acquirere. Deinde re deliberata legatum repudio, & ita aperte facto meo accidit, ne cauſſa ſequeretur, ob quam decem data erant. Qui ſane accipienti caſus eſt, cui reſiſtere non potuit. Nec minus apparet eum caſum in perſona ipſa dantis contingere, non accipientis. Non eo minus tamen illic ſcriptum eſt poſſe me condicere. Sed cur longius repetimus hoc exemplum fortaſſe alienius, ut in quo etſi caſus contingit in perſona dantis, non confertur tamen

men

1) Diff. Duar. *h. t.* C. 3. *circ. fin.* ſentiens, quoties non per eum qui accepit ſtat quo minus det vel faciat, non condici *L. pen. C. h. t.* ut mortuo ſervo *L.* 3. §. 3. *h.* ſi ſcilicet cauſſa implenda ſit ab eo qui accepit. Secus ſi pendeat ex facto & implemento alterius, ut in exemplis *L.* 1. *&* 2. *h. t.* Idem tamen probe ſecum convenire videtur. C. 4 *circ. fin.* A Fab 45. *Err. Prag.* 9. diſtinguit inter defectum cauſſæ finalis, quæ etſi a caſu fortuito repetitioni locum dat & impulſivæ, quæ non niſi per eum ſtet a quo implendum Sic accipit *L. pen. C. h. t.* Male per ea quæ *ſupra* C. 10. N. 3 Mihi veriſſimum videtur caſu fortuito liberationem ſequi, quoties ab eo ipſo cauſſa implenda, quæ ita impeditur, ac periculum ante moram creditoris eſſe, quæ communis ſententia Io. Saporta. *Tr. Mora.* C. 3. *n.* 97. (qui tamen *n.* 99. diſtinguit an contractus perfectam cauſſam contineat vel non. Arumæ. *de Mora* C. 8 4 Quo moveor tum generali regula, rem ſine culpa debitoris peremptam ſolvere obligatione, tum claris & perſpicuis LL. *d. L.* 5. §. 1. *de praſ. verbis d. L.* 3. §. 3. *D. d. L. pen. C. h. t.* Nec reſiſtunt obiecta noſtri, *ut in NN. ſeqq. ſuo ordine.*

2) At *d* §. 6. loquitur de locatione, & ibi vectura pro merce non prærogata ſimpliciter; nec data pecunia ob cauſſam ut verteretur: ſed *pro mu us*, ut habent Florentin. Pandectæ, accepta, quia videlicet quæ non niſi finita & præſtita vectatione exſolvenda, ante eam nautæ mutuo data.

men cauſſa in accipientis factum: cum in his etiam quæ in poteſtatem accipientis conferuntur, certi iuris ſit, ex pœnitentia dantis repetitionem dati eſſe? nam ut dicetur paulo poſt pluribus, ſi dedi tibi pecuniam ut Stichum manumittas, ut Capuam eas, licet mihi pœnitere. Et si denuntio tibi, ne manumittas, ne eas, efficio [3] ne amplius utiliter cauſſam implere poſſis. Atque hinc etiam repetitio *L. 3. in pr. L. 5.* in. pr. & §. 1. *D. de cond. cau. dat.* ubi tamen nemo non videt pœnitentiam meam caſum eſse, qui tibi obſtet, & hunc caſum in perſona mea dantis contingere, non tua accipientis. Quare ſi cauſſa caſu non ſecuta, ita ius eſt, ut ſive cauſſa in eventum collata ſit, sive in factum accipientis; & sive caſus contigerit in perſona aut re accipientis, sive in perſona dantis, pariter in omnibus competat dati repetitio, quod certis & manifeſtis locis probavimus; neque pluribus modis accidere poteſt, ut cauſſa caſu non ſequatur: conficitur quod dixi, cauſſa non ſecuta omnimodo repetitioni locum eſse, nec intereſse, culpane accipientis cauſſa ſecuta non sit, an caſu. Et in caſu nihil referre, qualis hic sit caſus, aut ubi contigerit.

VIII. Huic ſententiæ animadverto tres locos opponi. De quibus sigillatim reſpondebo. Primus eſt in *L. naturalis*, 5. in pr. illic, *ſed ſi ſcyphos. D. de præſcript. verb.* Verba ſunt hæc: *ſi ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam præſtare debes*. Id autem eſt, si Stichus quem mihi ex conventione & ob cauſſam dare debebas, caſu perierit, mihi periit. Id eſt, tu eo interitu ita liberaris, ut nihil poſſim amplius eo nomine a te petere. Idque conſequens eſt ei regulæ, qua efficitur interitu rei debitæ, qui ſine culpa debitoris contigerit, debitorem liberari, atque ita periculum & detrimentum in eo eſſe creditoris. *L. quod te*, 5. *D. ſi cert. pet. L. ſi ex legati*, 23. *D. de verb. obl.* Sed nihil hic contrarii. Non enim ſi pereunte Sticho obligatione eius liberaris, ideo ſcyphos a te repetere non poſſum tanquam ob cauſſam datos, cauſſa non ſecuta. Duarum enim rerum diſtinctæ hic obligationes ſunt, quarum una ad alteram nihil pertinet. Debes mihi Stichum præſtare ex conventione aperta, ſi velim eum petere, & in eam rem prodita actio præſcriptis verbis. Sed & debes reddere, quod dedi, si nondum cauſſa ob quam datum eſt, ſecuta sit, & malim id repetere: & in eam rem condictio ob rem dati cauſſa non ſecuta. In qua ſententia verſatur tota *L. naturalis, D. de præſcr. verb.* Porro cum duarum rerum diverſæ actiones ſunt, etiam ſi idem debitor ſit, nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio conſumitur. *L. ſi pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* Sed ſi in propoſito dicet aliquis, amiſſo Sticho licet mihi adhuc ſcyphos repetere, quomodo dici poteſt Stichus periculo meo eſse? neque enim videtur iſto modo ullum periculum & incommodum eſse meum, ſed totum tuum debitoris. Nam tu rem tuam amittis, & præterea quod accepiſti, cogeris reddere: ego autem re reſtituta ſemper rem meam ſalvam habeo. Sed non eo minus periculum & incommodum in Sticho [4] meum eſt. Finge enim multo pluris valuiſse Stichum, quam ſcyphos. Si de

3) Recte, ſed re integra, cum adhuc cauſſa ab alio, implenda, niſi pœniteret alter, ſequi poſſet. Abſurdum enim ut longior ſit facultas pœnitendi, quam implendi, ait A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. Recte. Sed eo ſeipſum ferit. Æque enim abſurdum etſi cauſſa ſit finalis.

4) Ita & Chatond. *ad L.* 23. *de V. O.* reſpiciendum eſſe ad titulos ſub quibus leges collocantur. Periculo dantis Stichus ad id ne detur præſcriptis verbis actio, non autem ne ſit condictio, & Duar. *ad d. L.* 23. *& h. t. C.* 4. *circ. fin.* Don. noſter *de Praſc. verb.* C. 37. Pac. 5. Q. 23 ſed hoc refellit Cabot. 2. *Diſp.* 29. quia hic etſi duplex actio, una tamen obligatio, unuſque contractus, ex quo altera actio ad implendum contractum, altera ad diſſolvendum. Eodem, quo noſter, tendit Cuiac 8. *ad Afric. in L.* 50. *de I. dot. &* 23. *Obſ.* 29. ſed aliis ac falſis mediis, perire rem, non perire pecuniam, cuius repetitio quod detur *d. L. ult.* fieri exemplo emptionis *L.* 33. *Locati* quam permutatio imitatur. Sed fundamento ſubverſo ſuperſtructum corruit. Ant. Fab. 6. *Coniect.* 10. incommode ſe expedit. Periculum rei datæ eſſe accipientis *d. L. ult.* ne factum eius qui dedit ad inducendam obligationem eidem noceat & periculum damni in re nondum data adferat. At *d. L.* 5. §. 4. intelligit, ſi res data facile amitti poſſit, ſi utriuſque tam datæ quam dandæ æquale ſit periculum ut ibi ſcyphorum, aliud ſi pecunia data quæ perire nequit, ut genus, aut res ſoli, non ita facile peritura. Atqui prioris rationis ſi quæ firmitas, ea indiſtincte obtinere debet, quin eidem locus in omni contractu, mutuæ præſtationis, ſicque nunquam interitus liberabit debitorem, contractu prius ab alio impleto. Nec credibile eſt *d. L.* 5. §. 1. exemplum tradi contractus, de quo ibi ea profeſſo tractatur, naturam non patefaciens. Cabot. *d. loc.* Quia vero dicet par eſſe ſcyphorum perdendorum, qui utique cuſtodiri poſſunt, ne amittantur, & Stichi caſus fatalis, cui nulla ratione ne occurri poteſt, periculum? Durius eſt quod Heidecc. *ad d. L. naturalis* 5. *Axiom.* 20. emptionem ſtatuit in *d.* §. 1. datis ſcyphis, permutationem vero *in d. L. ult.* Scyphos eſſe pretium & quia æſtimati (quæ mera divinatio eſt) & quia facile reduci poſſunt ad rudem materiam, indeque nummi percuti. Quis hoc vel probet vel refellat? Unicam hanc eſſe rationem componendi diſſidii, qua (pace manium præclariſſimi viri dixerim) nulla incommodior. Forcat. *Dial.* 49. *n* 5. accipit *d. L. ult.* de caſu quo Stichus mortuus antequam pecunia daretur, arg. *L.* 8. *de her. vend.* Facit *L.* 69. *de V. O. L.* 123. *v. quemadmodum de V. S.* Coraſ. 2. *Miſc.* 9. quando ſervus culpa debitoris periit, & Arumæ. *de Mora C.* 8 *n.* 4. Cabot. *d. C.* 29. exponit *d. L. ult.* de ſpecie obi Stichus traditus, & ita mortuus apud accipientem: ſed ideo, quia non dedit alter, id eſt accipientis fecit, ſed tradidit tantum, ac ita non implevit ex parte ſua contractum. Proxime hic ad veram ſententiam accedere videtur, quam commodius levicula interlineaturæ mutatione adſtrui puto hoc modo: Interrogationis ſignum (?) col- loco

de Sticho, qui periculo meo eſt, non amplius licet, quam in id quod mea intereſt, agere, manifeſtum eſt eo interitu id mihi perire, quanto minus repetitione ſcyphorum conſequi poſsum. Et hactenus meum eſt periculum atque incommodum in Sticho, etiam ſi maxime nihilominus ſcyphos repetam. Itaque nihil hic locus ne verbis quidem obſtat repetitioni dati, quam in eadem ſpecie ſupra admiſimus ex *L. ult. D. de cond. cau. dat.*

IX. Alter locus, ut verba ſunt, certo ſuperiori ſententiæ adverſatur. *L.* 3. in pr. verſ. *Proculus*, *D. de cond. cauſ. dat.* Sic enim illic ſcriptum eſt de ſententia Proculi; *ſi tibi dederim, ut Stichum intra Calendas illas manumittas, ſi quidem Stichus poſt id tempus deceſſerit; quo manumitti potuit, repetitionem eſſe. Si minus, ceſsare.* Nempe hoc eſt, ſi poſt Calendas Stichus deceſserit, ideo datum repetere poſsum, quia culpa tua manumiſsus non ſit. Sua enim die non manumittens, ut debebas, moram feciſti. *L. magnam, C. de contr. ſtip.* Quod ſi ante deceſserit, ideo contra ceſsat repetitio, quia ita Stichus periit caſu, ut nulla tua culpa præceſserit, cur non manumitteres. Qui enim debet in diem, ut ante diem ab eo peti non poteſt; ita ſi ante quod debuit, non præſtet, etiam interpellatus implendæ conditioni moram non facit. *L. cum filiusfamilias*, 49. §. *ult. D. de verb. obl. L. nulla*, *D. de reg. iur.* Ita in ſumma hoc reſponſo Proculi aperte dicitur: ſi cauſſa non culpa accipientis, ſed caſu ſecuta non ſit; datum ob cauſsam repeti non poſse: ſaltem tunc, cum cauſsa in factum accipientis collata eſt. Et eſt ita omnino: at id aperte adverſetur ei ſententiæ, quam poſuimus, ſi ſine diſtinctione recipitur. Sed obſervandum eſt Proculi ſententiam eſse, quæ illic refertur ab Ulpiano: hanc autem Ulpianum non [5] probare per omnia. Ipſe enim Ulpianus diſerte eam temperat in *L.* 5. §. 1. illic, *ſed ubi accepit, eod. tit.* Ut ſcilicet cum ſine mora accipientis Stichus deceſſit, qui manumitti debuerat, ceſset repetitio, ſi is qui manumittere debebat, diſtracturus Stichum fuerit, quem ideo non diſtraxerit, quia ad manumiſſionem ſervabat. Quod ſi diſtracturus non fuit, nominatim addit ibidem Ulpianus repetitionem competere, quamvis Stichus caſu perierit. Decederet enim, inquit, etſi debitor non accepiſset, ut manumitteret. At illud ſaltem contrarium, dicat aliquis, quod vult Ulpianus ceſsare repetitionem, ſi is qui accepit, ut ſervum manumitteret diſtracturus fuerit. Ne hoc quidem contrarium. Hic enim exceptio eſt una ex paucis, in quibus iuſta cauſsa prohibet repetitionem, quamvis cauſsa ſecuta non fuerit. De quibus ſemel dicetur poſtea. Exceptio ducta aliunde, quam quod cauſsa non fuerit caſu ſecuta. Nunc de caſu tantum agimus, negamuſque hunc ſolum efficere, ut cauſsa eo caſu non ſecuta ceſset repetitio, quod & verum eſt, nec quidquam in eo mutant ſequentes iſtæ exceptiones.

X. Sed ut duo loci ſuperiores vitari poſſint, tertius certe non videtur poſſe, in quo velut ex profeſſo definitio ſuperiori ſententiæ contraria poſita videtur. Is eſt *d. L. pen. C. de cond. ob cauſ.* Sic enim vulgata lectio eſt: *pecuniam a te datam, ſi hæc cauſſa pro qua data eſt, non culpa accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minime repeti poſſe certum eſt.* Ego autem de eo loco duo commode reſponderi poſſe arbitror. Primum recte dicetur, cauſſam in eo reſcripto non ſignificare finem ob quem pecunia data eſt, quomodo nunc cauſſam vocamus; ſed litem, & cauſsam agendam, pro qua agenda pecunia data ſit, ut accipitur in *L. cauſſas, C. de tranſ. L.* 1. §. *advocatos*, *D. de extraord. cognit.* ut cum nominantur cauſſarum genera apud rhetores. Sic autem cauſsam in eo reſcripto accipi debere, certe commode poſse, & ſi proprietatem ſermonis ſequi volumus, debere, intelligi poteſt

loco poſt illa *Stichum dare*, ſive eo uſque pertingat quæſtio, verbis, *in quod proclivior ſum*, quæ in parentheſi poſitis; ſive nova, & ſuccidanea ibi *& ideo* ſundatur. Ac reſponſio ſeu deciſio, non incipiat ibi: *& ideo*, ſed ibi *ſi ſe &c.* Sic belle conciliatur *d.* §. 1. *v. ſed ſi ſcyphos*. Nam quod ibi dicitur regulare eſt, neque hic negatur, ſed temperatur & declaratur. Sic Reſp. IC. Si alienum tradidiſti vel tuum quidem, ſed pro evictione ſtipulanti promittere negaſti, non liberaveris præſtatione & reſtitutione recepti, ſi deinde Stichus apud accipientem deceſſit. Cui conſequens eſt, nec te liberari, & multo minus, ſi Stichus & alienus fuit & apud te mortuus, ne ſis in meliore conditione ante, quam poſt præſtationem Stichi & qualemqualem contractus, ex parte tua, impletionem. Nec mihi iſthæc tentare religio, cum aliis maxime iuris locos perveniendi. Quia enim Pandectarum Florentinarum archetypo, ex quo omnia, quæ nobis extant, exemplaria deſcripta, ut poſt A. Aug. 1. *Emend* 1. Cont. *Diſp.* C. 6. nulli partitoram [illegible], nulli diſtinctionum intervalla, Angelus Politianus teſtis oculatus, *Miſc.* C. 41. ponere nobis ea, ſi docentiſſimo, & poſtis undecunque expungere liberum erit. Buſæ. *ad L.* 3. *de LL.* Aug. 1. *Emend.* 2. 4. & 8. A. Gent. 3. *Lect.* 13. Vult. 1. *Diſc.* 12. Good. *ad L.* 21. *de V. S. n.* 18. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 17.

5) Quam inane hoc eſtagium ſæpe antea monui, & cuivis apparet. Simpliciter certe ponit Ulpianus, Proculi ſententiam *d. L.* 3. § 3. nec illius iterum, in *d. L.* 5. §. 3. quæ & ex alio libro deſumpta eſt, meminit. Et diverſi ſunt caſus ſervi mortui & fugientis, nec eandem plane rationem habent. Quin ex *d. L.* 5. §. 3. *in fin.* apparet adeo caſum liberare reſtitutione accepti, ut nec interdum ſi negligentia illi cauſſam dederit, aliud ſtatuatur.

teſt ex adiunctis. Sic enim verba ſunt; ſi hæc cauſsa, pro qua pecunia data eſt. Expendamus dici cauſsam, pro qua pecunia data eſt: non autem cauſsam, ob quam pecunia data eſt. Cum verbo cauſsæ ſignificamus finem, propter quem, dicimus dari aliquid ob cauſsam, non autem [6] pro cauſsa. Unde ubique dictam legimus condictionem datorum ob cauſsam, cauſsa non ſecuta: inauditum autem, condictio datorum pro cauſsa. At cum dicimus pecuniam dari pro cauſsa, hic verbo cauſsæ ſignificamus ſubiectum rei, in quo hæc datio velut exercetur, ut cum dicimus in permutatione rem pro re dari. Ergo his verbis ſignificatur pecunia data pro cauſsa agenda. Proinde data advocato advocationis cauſsa. Is enim eſt advocatus, qui cauſsam in iudicio agit, ſeu qui cauſsæ agendæ quoquo ſtudio operatur. *L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit.* Ita reſcriptum ad pecuniam advocato datam pertinebit. In advocato ut & in ſimilibus quibuſdam perſonis ſic ius eſt, ut ſi quidem per eum ſteterit, quominus cauſsam ageret, reddere debeat, quod accepit ex regula communi. Quæ pars ſubiecta eſt reſcripto ſequenti, ideſt, *L. ult. C. de cond. ob cauſ.* ſin autem cauſsa, ut prius reſcriptum loquitur, non culpa eius, ſed caſu fortuito ſecuta non ſit, tum ſervetur ius harum perſonarum proprium, ut pecunia eo nomine data repeti non poſſit. Quæ rurſum altera pars eſt priore illo reſcripto comprehenſa. Ut conſulto factum videri poſſit, quod ea reſcripta coniuncta ſint, quorum uno pars una diſtinctionis de advocato receptæ traderetur: altero pars altera velut interpretationis & certioris explicationis vice. Sed & hæc in advocato exceptio eſt, dati repetitionem denegans non propter id ſolum quo factum eſt, ne cauſſa ageretur: ſed alia iuſta de cauſsa extrinſecus accedente, quæ hanc æquitatem inducat, ut poſtea dicetur. Quo ſenſu fieri apparet, ut ne hoc quidem reſcriptum ei ſententiæ quæ a nobis poſita eſt, magis adverſetur, quam ſuperior exceptio.

XI. Sed quoniam retenta lectione vulgata nunquam deerunt, qui alteram ſignificationem amplectantur, ut pecuniam illic datam pro cauſsa, interpretentur datam ob cauſsam, quæ poſtea ſecuta non eſt: demus operam, ut adverſus hanc dubitationem ſuperior interpretatio muniatur. Et vero quid hic ſequamur, certæ regulæ iuris nos docent. Eſto enim, conveniat verbis hæc interpretatin poſterior. At certe illud ſemper obtinebimus convenire & priorem, quam diximus. Quinimo ut ante dixi, ſi latine & prnprie loqui vnlumus, rectius dixerimus pecuniam dari pro cauſſa, ut ſit pro lite & cnntroverſia, quam ut ſignificemus dari ob cauſſam, ſeu ut aliquid ſequatur, quomodo nuſquam locutos veteres legimus. Nec quem moverit, quod poſtea hæc cauſsa non dicitur acta non eſse, ſed non eſse ſecuta; quod de re futura, & quam poſtea ſequi volumus, dici ſolet. Nam & lis culpa advocati pnteſt non ſequi, dum actor advocato fidem non implente litem omiſit. Poteſt & non ſequi caſu; dum advocato ad cauſsam agendam parato, aut mors actorem ſuſtulit, aut actor vivus ultro lite ceſſit adverſario, aut de ea tranſegit. Hoc enim omne factum actoris advocato caſus eſt fortuitus, cui ille nbſiſtere non potuit. Sed volo non magis hanc ſignificationem convenire verbis, quam alteram. Attamen hoc ſaltem efficietur pariter convenire utramque, proinde huc rem redire, ut fateamur ambiguam eſſe rationem reſcripti, quæ hanc & illam ſignificatinnem admittat. Ideo videndum, utram potius ſignificationem ſequi debeamus, quando utramque non licet, cum ſint contrariæ. Scimus autem quid hic præſcribat regula iuris de oratinnis ambiguæ interpretatione: nempe, In ambigua voce legis eam potius accipiendam eſſe ſignificationem, quæ vitio caret. *L. in ambigua D. de legib.* Quod ſi hic fit, quæſtio tollitur. Ut enim dicamus hic pecuniam datam pro cauſſa, ideſt ob cauſſam, & cauſſa caſu non ſecuta pecuniam repeti non poſſe, efficitur ſententia, non quæ vitio careat, ſed quæ ſit vitioſiſſima, utpote incurrens in tot reprehenſiones, quot ſpecies ſupra oſtendimus, in quibus cauſſa caſu non ſecuta competit repetitio. Sin intelligimus pecuniam datam pro cauſſa, ideſt lite, ſeu pro cauſſa agenda, quod fit cum datur advocato advocationis cauſſa, placetque pecuniam ita datam, ſi cauſſa non culpa accipientis, ſed caſu ſecuta non ſit, repeti non poſſe: ea ſententia ſtatuitur quam certum eſt vitio carere, eſt enim veriſſima. Quare in promptu eſt ex ſuperiore regula, hanc ſignificationem poſteriorem accipi, illam priorem removeri debere.

XII. Si cui nondum hoc ſatis probari poteſt,

6) At non inconcinne *pro cauſſa*, id eſt ut cauſſa ſequatur. Sic pro merce pretium, pro uſu rei merces datur, id eſt ut tradatur merx, ut præſtetur uſus, & in ſimilibus. Reliqua facile concidunt. Cur autem veteri lectioni, ſibi probe conſtanti & convenienti *d. L. 5. §. 3. de præſc. verb. d. L. 3. §. 3. D. h. t.* novam ſubrogemus.

poteſt, videturque hic cauſſa non ſecuta non poſſe aut debere accipi: niſi de cauſſa propria huius repetitionis, ideſt de cauſſa ob quam quid datum eſt, ut ſequatur poſtea: eſt altera non minus idonea defenſio, ſcripturam quam retulimus, in ſuperiore reſcripto vitioſam eſſe; neque ideo novam comminiſcendam, ſed ſervandam eam, quæ legitur in veteribus exemplaribus omnibus manuſcriptis, ut pro illis verbis, ſi hæc cauſſa, legamus, licet cauſſa. Sic eſt ut dixi, lectio veterum exemplarium manuſcriptorum, ut teſtes ſunt ii, quibus id obſervare ſtudio fuit. Ut Ruſſardus in editione Pandectarum, quam cum ſuis notis adornavit. Qua lectione recepta conſequens eſt ſubiici debere orationem non negativam, ut vulgo legitur, & in qua idem ille quem dixi parum conſiderate manſit: ſed affirmativam; & pro minime quod ſequitur poſtea in lectione vulgari, legendum minimum, perexigua ac prope nulla, certe finitima mutatione literarum. Et minimum accipiendum, pro ut minimum, ſeu ſaltem. Ut ſit ſententia, pecuniam datam cauſſa ob quam data eſt, non ſecuta, licet caſu ſecuta non eſt, ut minimum, ſeu ipſam ſaltem repeti poſſe certum eſſe. Hanc lectionem hæc ſuadent, atque adeo prope neceſſario exigere videntur. Primum quia hæc verba, ſi hæc cauſſa, reſcripto non conveniunt, atque adeo in eo reſcripto aperte ſunt vitioſa. Nam quæ vis eſt huius particulæ demonſtrativæ hæc, demonſtratur his verbis certa aliqua cauſſa præcedens aut ſubſequens, de qua actum ſit, ut ſequatur poſtea. At in eo reſcripto nullius certæ cauſſæ mentio fit neque ante, neque poſtea. Quare hæc lectio ut vitioſa repudianda. Hac autem remota, relinquitur altera huic vicina, quam ſequamur, ut legamus licet. Scriptura eo magis recipienda quia & ſine vitio eſt, utpote de omni cauſſa recte concepta, & fide veterum librorum defenditur. Iam vero hac recepta, dixi conſequens eſſe ſubiici debere orationem affirmativam in hæc verba, pecuniam datam minimum repeti poſſe, non autem negativam hanc, minime repeti poſſe. Recte conſequens. Hæc enim oratio, licet cauſſa ſecuta non eſt, adverſativa eſt, deſiderans & ipſa adverſantem orationem. At oratio ſubiecta ſic adverſatur, ſi dicamus pecuniam repeti poſſe. Hæc enim erat obiectio. Atqui fieri poteſt, ut cauſſa non culpa accipientis, ſed caſu ſecuta non ſit. Occurritur huic dubitationi per adverſativam hoc modo. Ne quem hoc moveat: licet enim cauſſa caſu fortuito ſecuta non eſt, minimum pecuniam datam repeti poſſe certum eſt: minimum, ideſt ut minimum, ſeu ſaltem. Ubi ſi legeremus pecuniam minime repeti poſſe; non adverſaretur huic ſententiæ quod cauſſa caſu ſecuta non eſt, ſed potius eius ſententiæ rationem contineret: atque ita legendum eſſet, ſi cauſſa caſu ſecuta non eſt, ſeu quia cauſſa caſu ſecuta non eſt, pecuniam datam repeti non poſſe certum eſt. Ut autem affirmativa oratio pecuniam repeti poſſe, illi ſcripturæ convenit, licet cauſſa caſu ſecuta non eſt: ita ſic quoque legendum eſſe non tantum ſuadet, ſed etiam flagitat illud certum eſt, quo verbo reſcriptum utitur. Nam illud, pecuniam repeti non poſſe ſi cauſſa caſu ſecuta non eſt; ſi non eſt falſum, at certe nullo modo dici poteſt certum eſſe. Etſi enim aliquibus in cauſſis admitteretur, in innumeris tamen ſecus eſſe tot locis legimus. Quæ varietas, vel potius repugnantia fieri non poteſt, quin maxime ius hac de re incertum, & anceps reddat. Contra ſi ita legimus, quanvis cauſſa caſu ſecuta non ſit, tamen pecuniam repeti poſſe certum eſt; nihil poteſt dici verius, quam hoc ex iure vetere, & ſententiis receptis certum eſſe. Ex iis enim quæ probavimus, conſtat id ita eſſe, poſtquam propoſitis omnibus modis, quibus cauſſa caſu poteſt non ſequi, oſtendimus id ius eſſe in ſingulis. Sed & illud minimum, ideſt ut minimum, ad huius ſententiæ confirmationem facit. Cum enim pecuniam tibi dedi, ut mihi Stichum dares, poſſum utroque nomine tecum experiri, & ut mihi Stichum des, quia ita convenit, & non eſt nuda conventio. *L. legem, C. de pact.* Et ſi velim, poſſum agere, ut pecuniam reddas datam ob cauſſam, cauſſa non ſecuta. *L. naturalis*, tota, *D. de præſcr. verb.* Quid, ſi Stichus ſine culpa tua perierit? non ſane potero amplius eo nomine agere, cum Stichus mihi perierit. *d. L. naturalis*, in pr. verſ. *ſed ſi ſcyphos.* Sed ut hoc non liceat, tamen ut minimum pecunia repeti poterit, idque ita diſerte traditum eſt in *L. ult. D. de cond. cauſ. dat.*

XIII. Sive hoc poſterius, ſive prius illud placet de ſententia ſuperioris reſcripti, certe alterutrum eligere neceſſe eſt, ſi volumus eius definitionem tueri. Alioqui defendi omnino non poteſt, ut ſunt ea, quæ ante de hoc genere oſtendimus. Nec effugiemus eas obiectiones, ſi confugiamus ad diſtinctionem Bartoli, qua ille ex hac difficultate eluctari conatus eſt ad *d. L. 3. D. de cond. cauſ.* Nam præterquam quod eius diſtinctionis pleræque partes falſæ ſunt, eæ ſcilicet, in quibus propter

caſum cauſſa non ſecuta denegat repetitionem; hoc etiam incommodum illum urget, quod in iis partibus, quæ veræ ſunt, auget difficultatem, & falſitatem reſcripti non diluit. Hoc enim agit, ut reddat rationem cur in plerisque cauſſis, quæ contrariæ videbantur, cauſſa quanvis caſu non ſecuta, nihilominus competat repetitio. At hoc eſt maxime confirmare repetitionem dati cauſſa quanvis caſu non ſecuta. Quod quo certioribus rationibus feceris, eo magis adverſus reſcriptum dixeris, quo repetitio hoc caſu in univerſum denegatur.

C A P. XXII.

Licet cauſſa, ob quam datum eſt, adhuc impleri poſſit, & paratus ſit, qui accepit, implere; tamen cauſſa nondum ſecuta poſſe datum ex pœnitentia repeti: Et quid in hac re heredi eius quem nondum pœnituerat, liceat.

Danti licet ex pœnitentia datum repetere, cauſſa non ſecuta, & ſi accipiens ſit paratus implere. I. *Contrariis occurritur.* II. *Heredi dantis non licet ob cauſſam datum ex ſola pœnitentia repetere.* III. *Sed tamen repetet ex pœnitentia ſimul, & cauſſa nondum ſecuta.* *Quid hoc a ſuperiore differat.* IV.

I. Atque hæc ita ſunt, ſi cauſſa non ſecuta iam certo impleri non poſſit. Quid ſi impleri adhuc & ſequi poſſit, nondum tamen ſit ſecuta. Liceine hic etiam datum repetere, dum pendet, an cauſſa ſequatur, necne? Et ſuperiore regula efficitur poſſe. Non enim eo minus verum eſt cauſſam ſecutam non eſſe, etſi ſequi poteſt poſtea. Sic autem ius eſt, quod ob cauſſam datum eſt, repeti poſſe cauſſa non ſecuta. Et hoc ita in hac ſpecie receptum eſt. Minus mirum, ſi receptum dicamus in ea cauſſa, quæ ſit collata in eventum, & quam reus fateatur a ſe impleri non poſſe. Sed hoc dicimus amplius, etſi cauſſa ſit in poteſtate accipientis, & is ultro ſe dicat paratum cauſſam implere, tamen placuit licere [1] pœnitere ei qui dedit, & ex pœnitentia datum revocare. Veluti ſi dederim tibi pecuniam, ut Capuam ires, ut Stichum manumitteres, pœnitere me dati, ac velle recipere, quod dedi. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de condict. cauſ. dat.* Idque uſque adeo obtinuit, ut quanvis poſt denuntiationem impleris, quod promiſeris, puta ieris Capuam, aut Stichum manumiſeris: placet tamen ut initio dixi, eam rem tibi nihil prodeſſe, quominus ex pœnitentia, quæ præceſſit, datum repetam. *L.* 5. §. 1 *D. de cond. cauſ. dat.* Nec obſtat, quod cauſſa ſecuta eſt, & ob cauſſam datum placet cauſſa ſecuta repeti non poſſe. *L.* 1. *D. de cond. cauſ. dat.* Nam cum ſit locus pœnitentiæ, hæc poſtea ſecuta fecit, ut videatur deſiiſſe ob cauſſam datum, quod initio datum erat.

II. Videamus tamen, ne facultati iſti pœnitendi, & revocandi datum invito adverſario contrarium ſit, quod traditur, neminem invito adverſario renuntiare poſſe ſemel conſtitutæ obligationi. *L. ſicut, C. de obl. & act.* Minime vero hoc illi adverſatur. Cum enim do ut des, do ut facias, ſi negotium in aliud nomen contractus non tranſit, nec conſenſu ſolo contractus parit obligationem: tu qui accipis, ex pacto obligaris, ut des aut facias id de quo convenit, quia pactum non eſt nudum. *L. legem, C. de pact.* Ego autem tibi non obligor, ut dem etiam ſi conveniſſet, ut darem, priuſquam tu mihi dediſſes quid, aut feciſſes. Quia tunc pactum [a] nudum eſt, ex quo non naſcitur

[1]) De quo vid. Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 59. *n.* 27. *& ſeq.* ubi aliquot modis extendit & reſtringit, ubi & *n.* 29. quid ſi iuramento firmatus contractus fuerit. Et Io. Gutierez. *de Iuram confirmat. P.* 1. *C.* 35 Num pœnitentiæ locus iure Canonico, vid. Fach 11. *Contr.* 8. Gravi vero, aut ego valde fallor, errore labitur Iac. Schultet. *Pract* 22. 10. *n.* 25. legi enim condictione datorum inſtituta in liberrimo rei arbitrio verſari, malit ne etiamnum implere placita aut data reſtituere. Nec enim video quæ ſic pœnitendi licentia relinquatur, aut quid ita in effectu, contractus innominati a nominatis diſcrepent. Sane leges quas ad comprobationem vir doctiſſimus citat, mea ſententia, nihil, quam hoc, minus inferunt.

[a]) Duar. *h. t. C.* 4. Ex parte mea, ait, conventioni acceſſit & intervenit datio rei, ideo accipiens mihi obligatus. Ex illius autem parte tantum nudum pactum, priuſquam ipſe facit, & ideo aliud in contractibus nominatis *L.* 11. *C. de R. V.* Sed huic rationi obſtat quod pactum nudum proſit ad exceptionem & retentionem reo convento. Vaſq *d. C.* 50 *n* 20 rationem differentiæ inter nominatos contractus & hos in eo ponit, quod in his, cauſſa dandi eſt, quod implendum de futuro, qui ceſſante, locus condictioni: in illis obligatio præcedens. A. Fab. 45. *Err Prag.* 9 *&* 48 *Err.* 4. quia dando non egit ut ſe obligaret, ſed ut alium ſibi. Ergo nec naturaliter obligatus.

tur iure civili actio, *d. L. legem. L. iuriſgentium*, *§. ſed cum nulla*, *D. de pact. L. ex placito*, *C. de rer. permut.* Quare etſi dederim tibi poſtea ex conventione, non tamen obligor ad datum apud te relinquendum, qui non fui obligatus ad dandum. Neque enim obligatio nova ex traditione mea naſcitur, cum etſi tibi debuiſſem prius, non modo non obligarer ea ſolutione, ſed etiam ſtatim liberarer. Denique qui indebitum dedit, dando non facit debitum id quod prius erat indebitum. *L. ſi certis*, *C. de pact.* Quod ſi ita eſt, perſpicuum eſt, cum in his cauſſis videtur mihi non ſtare priori conventioni, ſed repeto ex pœnitentia quod dedi, non ideo tamen renuntiare me conſtitutæ obligationi, qui nulla prius tenebar dati obligatione. Locus in primis illuſtris ad confirmationem non dubiam ſuperioris ſententiæ, qua poſuimus, datum ob cauſſam cauſſa quovis caſu non ſecuta repeti poſſe. Nam ut ante attigi, pœnitentia & revocatio dantis caſus eſt accipienti ſine dubio fortuitus. Eſt enim id factum, cui is, qui accepit, obſiſtere non poteſt. Quæ caſus fortuiti in ſimillimo facto deſcriptio eſt in *L. ad eos*, *D. commod.* Neque hic caſus quilibet, ſed qui contingat in perſona dantis. Hoc amplius ſæpe magna culpa & levitate dantis. Et tamen ex hoc caſu certi iuris eſt repetitionem danti competere. Quapropter dubitari non debet, quin ſi alius caſus quivis in perſona dantis non contigerit, ſit omnino dati repetitio.

III. Sed notandum diligenter, quæ pœnitentia hic conceditur ad revocationem dati rebus integris, eam concedi nominatim ei, qui dedit. *L. 5.* in pr. *L. 3. D. de cond. cau. dat.* Ex quo intelligimus non eandem facultatem concedi dantis heredibus. Licet obſervare in omnibus aliis cauſſis, in quibus permiſſum eſt danti pœnitere, & ex pœnitentia revocare, quod dedit, ius ita eſſe conſtitutum, ut danti ſoli hoc liceat, non etiam heredi eius. Hoc ita ius eſt in donationibus inter virum & uxorem. *L. cum hic ſtatus*, *§. ait oratio*, *D. de don. int. vir. & uxor.* Ius in rebus a parente collatis in liberos, quos ille in poteſtate habet. *L. donationes quas parentes*, *C. de don. int. vir. & uxor.* Item in donatione cauſſa mortis. *Inſt. de don.* in pr. Idque ratio iuris probat. Quod enim perſonæ defuncti cohæret, id ad heredem eius non tranſit. *L. non ſolum*, *2. §. tale*, *D. de lib. leg.* Ius autem pœnitendi tale eſt. Eſt enim pœnitentia voluntatis: voluntas autem cuiuſque morte finitur. *L. 4. D. loc.* Et certe apparet, utcumque heredem pœniteat poſtea, ſemper tamen verum eſſe non pœnituiſse dantem, neque eum pœnitere unquam poſse, ſi vivus datum non revocavit.

IV Quid ergo non poterit heres, quod ob cauſſam datum eſt, repetere, cauſſa nondum ſecuta, ſi adhuc pendeat, an ſequatur? Immo poterit. Quod enim defunctus datum condicere potuit cauſſa nondum ſecuta, ius eſt non perſonæ eius cohærens, ſed rei & cauſſæ. Ideo hæc illi actio competit, quia res ſecuta non eſt. Quæ cauſſa etiam mortuo eo perdurat. Quodcumque autem eiuſmodi ius eſt, in id omne heres ſuccedit: *L. heres in omne*, *D. de acq. her. d. L. non ſolum*, *§. tale de lib. leg.* Nec cum dicimus heredem quod a defuncto datum eſt, ex pœnitentia revocare non poſſe, rebus integris; tanquam autem cauſſa non ſecuta poſſe, pugnantia dicimus: tametſi verum eſt neminem repetere poſſe datum ob cauſſam cauſſa nondum ſecuta, niſi pœnitentia acta & mutata voluntate. Hoc enim ſic intelligimus, heredem repetere datum non poſſe ex pœnitentia ſola: eundem ex pœnitentia ſimul & cauſſa non ſecuta poſſe. Quorum utrum dicamus, multum intereſt. Qui ex pœnitentia ſola revocare poteſt, huic ſatis eſt pœnitere. Et dum hoc denuntiet accipienti, nihil accipienti reſtat omnino, niſi ut quandoque reddat, quod accepit. Sive enim convenitur poſtea cauſſa nondum ſecuta, recte convenitur ex regula communi, quia datum ſit ob cauſſam cauſſa non ſecuta. Sive convenitur cauſſa ſecuta poſt denuntiationem, quia forte reus denuntiatione contempta poſtea cauſſam implerat; nihilominus recte convenitur, quoniam cauſſa ſecuta ſit adverſus pœnitentiam eius, cui conceſſum eſt pœnitere. Hactenus vero heredi pœnitere non licet. Ut enim maxime

tus. Et dum pœnitet liberat adverſarium quem ſibi obſtrictum habet. Vide & Gomez. 2. *Reſol.* 8. *n.* 3. Vera autem hæc & genuina nota contractuum innominatorum, nec quibuſdam nominatis communis, ex natura quidem ipſorum. (Quin enim conventione adiecta id effici poſſit nec dubitatum puto, in eoque nihil novum aut a DD. ſententia abnorme tradit Treutl. *P.* 1. *Diſp.* 22. *Th.* 2. *lit.* C. licet id dubium ſit an tum condictitia hac actione experiundum ſit, ut Treutlerus an potius actione principali ex contractu illo, quod verius puto) Longiſſime vero alia ratio eſt revocationis mandati, quæ ſit rebus undiquaque integris, implemento ex neutra parte ſequuto, item renunciationis in ſocietate, cuius omnino diverſus effectus. Neque enim eo minus uterque alteri ad id tempus uſque obligatus. Sane condictioni ex pœnitentia, & datorum repetitioni ob implementum ex altera parte nondum ſequutum, ex. g. rei venditæ & traditæ ob pretium nondum ſolutum in nominatis contractibus locum nunquam eſſe, contra Balduin. demonſtrat Ant. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. explicans *L. 6. C. de pact. int. empt.*

Digitized by Google

xime denuntiet accipienti, ne Capuam eat, ne manumittat; tamen ſi hic conſiſtit, nec datum repetit iudicio, qui accepit, impune contemnet denuntiationem, & implebit, quod promiſerat, quo ſubſecuto, fruſtra deinde heres repetet datum tanquam cauſſa non ſecuta, quia vere ſecuta ſit. Nec dicet cauſſam ſecutam contra pœnitentiam & voluntatem ſuam; quoniam hæc ſola pœnitentia ad mutandum datum illi non conceditur. At qui cauſſa non ſecuta ita ſe inſtituit, ut ex pœnitentia mutet factum, & ſimul iudicio agens datum repetat, hic demum dicendus eſt repetere ob cauſſam datum non ex pœnitentia, ſed ex eo, quod cum litem conteſtatur, cauſſa nondum ſecuta erat. Hoc vero heredi facere ius eſt, fuit enim ius defuncto; heres autem, ut dixi, in ius omne defuncti non perſonale ſuccedit. Iudicio agere cum cœperit heres, non eſt ei metuendum, ne reus poſtea legi dictæ parendo condemnationem evitet. Poteſtatem enim cauſſæ implendæ retinet reus uſque ad litem conteſtatam: lite ſemel conteſtata amittit. *L. 9. L. ſi inſulam, 84. D. de verb. obl.* Quippe nova obligatio indicati iudicio contracta eſt, quam ſuo facto mutare non potuit, ut ſcripſi ad eos locos.

C A P. XXIII.

In quibus cauſſis dati ob cauſſam cauſſa non ſecuta ceſſet repetitio.

Tranſitio. Cauſſæ iuſtæ, quæ præter cauſſam caſu non ſecutam repetitionem inhibent, duplicis generis; & quæ. I. II.
Dati ob cauſſam, quæ nec caſu ſecuta, at nec ſequi poteſt, duæ cauſſæ ſummovent repetitionem; & quæ. III.
Voluntas dantis qualis eiuſmodi cauſſa. Ea aut expreſſe, aut coniectura ſignificatur. IV.
- *Coniectura in eo cernitur, quod datum ob cauſſam natura vel iure impoſſibilem: & quatenus.* V.
- *Contraria diluuntur.* VI.
- *Item in eo quod ſponſæ donatur a ſponſo, & viciſſim. Quomodo: & qua de cauſſa.* VII.

Accipientis incommodum quatenus repetitionem adimat. VIII.
Dati ob cauſſam quæ adhuc pendet, prohibent ex pœnitentia repetitionem obligatio dantis, & cœpta cauſſæ impletio. IX.
Dantis obligatio talis duplex. X.
- *Una, cum quis dedit, ſed obligatus. Quibus ex contractibus naſcatur, aut non iſta obligatio. Ab utroque genere exempla.* XI.
- *Altera, cum obligatur qui dedit, & ipſe provehere cauſſam, quam impedit ex pœnitentia.* XII.

Cœpta impletio dati repetitionem amovet ex pœnitentia, ſi eam omittere non ſit integrum accipienti. XIII.
- *Integrum eſſe deſinit tribus modis.* XIV.
  1. *Cum quis ad cauſſam implendam incipit obligari. Quæ huiuſmodi ſpecies, eiuſque ratio.* XV.
  2. *Cum accipienti abeſt, quod erat in re ſeu in impletione præcipuum. Et hoc quale.* XVI.
  3. *Cum quis ad cauſſam implendam paravit res neceſſarias.* XVII.

I. EX his apparet nihil verius aut certius dici poſſe, quam quod ſupra oſtendimus, quod ob cauſſam datum eſt, cauſſa quavis caſu, & quidem quovis caſu non ſecuta nihilominus repeti poſſe. Sed hoc totum ſic accipiendum eſt, ut initio adieci, ſi nihil aliud hic referre exiſtimetur, quam quomodo cauſſa ſecuta non fuerit: ſeu ſi nihil hic aliud obſtet repetitioni, quam caſus; quo factum eſt, ne cauſſa ſequeretur. Cæterum iuſtæ cauſſæ intervenire poſſunt aliunde, quæ inhibeant dati repetitionem.

II. Et ſunt omnino huius generis complures iure cognitæ in hac repetitione; quas iam ſeparatim ſubiiciam. Earum quædam proprie valent adverſus eam repetitionem, quæ inſtituitur cauſſa ita non ſecuta, ut certum ſit nec ſequi poſſe. Quædam magis ad removendam præmaturam repetitionem, quæ inducitur cauſſa adhuc pendente, prohibetque ne impleatur.

III. Cuius dati cauſſa ita caſu ſecuta non eſt, ut nec ſequi poſſit, id quominus poſſit repeti, duæ iuſtæ cauſſæ ſunt: Voluntas dantis, & accipientis incommodum.

IV. Voluntas dantis, ſi non fuit hoc animo, ut cauſſa caſu non ſecuta datum repeteret. Quem quidem eius animum ſi fuiſſe aperte conſtet, nemo dubitat, quin

iure

iure ei denegetur repetitio. Neque enim numeratio datiove alicuius rei accipientem obligat, niſi hoc ipſum agitur, ut confeſtim obligetur. *L. non omnis*, *D. ſi cert. pet.* Sed etſi is qui dedit, non aperte dixit ſe hoc ſentire: tamen ubi veriſimile eſt eius animum hunc fuiſſe, coniectura voluntatis admittitur. Quam ad coniecturam duæ ſpecies datorum pertinent: in quibus propterea placet cauſſa caſu non ſecuta repetitionem dari non eſſe: datum ob cauſſam impoſſibilem, & donatum a ſponſo ſponſæ, vel contra.

V. Datur quid ob cauſsam impoſſibilem, cum datur ut fiat, quod fieri non poteſt vel natura prohibente, vel iure. Natura, veluti ſi dem, ut Stichum des, qui mortuus erat; ut manumittas, qui erat liber: ut enim natura dari non poteſt homo qui non eſt, id eſt mortuus; ſic nec manumitti qui eſt liber, cum manumiſſio ſit e manu & iuſta ſervitute miſſio, ſeu libertatis datio. *Inſt. de libert.* in pr. *L.* 4. *D. de iuſt. & iur.* Iure non poteſt, veluti ſi dem pecuniam in dotem, ut nuptiæ inter aliquos ſequantur, quæ inter eos iure conſiſtere non poſſunt. Nam & quod iure non poſſumus, omnino nec poſse nos credimur. *L. filius*, *D. de cond. inſt.* Quæ ob eiuſmodi cauſsam data ſunt, interdum repeti poſsunt, ut cauſsa non ſecuta: interdum non poſsunt; quæ pars ad id de quo agimus pertinet. Ac de iis ita ius eſt. Quod quis ob impoſſibilem cauſsam dedit, veluti ut liberum hominem manumittas; ſi putavit cauſsam poſſibilem, puta ſervum eſse, de quo manumittendo agebatur, nihilominus repetet, non ſecus, quam ſi ob poſſibilem cauſsam dediſset, quæ non eſset ſecuta. *L. cum ancillam*, *C. de cond. ob cauſ.* *L.* 3. *§. ſi liber*, *D. eod.* Quia ſcilicet dum poſſibilem putavit, eodem animo fuit ad repetendum, atque ſi vere poſſibilis fuiſset. Quod ſi ſcivit cauſsam impoſſibilem eſse qui dabat, non repetet. *L. dictum*, *C. de cond. ob cauſ.* Ratio quam dixi ex voluntate dantis ducta, quia qui conditionem aut cauſſam (quæ pro conditione eſt, *L.* 1. *C. de iis quæ ſub mod.*) impoſſibilem adiecit, non videtur hoc animo fuiſse, ut in eo quidquam ageret, aut inde vellet ullam obligationem naſci. *L. non ſolum*, 31. in fin. *D. de obl. & act.* Voluit enim datum reddi non ſimpliciter, ſed ſub conditione, si cauſsa quam adiecit, ſecuta non eſset. At hoc pro non adiecto eſt. Sciebat enim ſequi non poſse.

VI. Videri tamen poſsunt huic parti quædam adverſari. Obiicitur. *L.* 1. *C. de cond. ob cauſ. dat.* In hac ſpecie; Cum contracta eſſent ſponſalia inter eas perſonas, inter quas matrimonium conſiſtere non poterat, extraneus aliquis pecuniam ſponſo in dotem dedit, nempe ergo ob cauſſam ut nuptiæ ſequerentur. Proinde in propoſito ob cauſſam impoſſibilem: nam nuptiæ ſequi non poterant. Placet nihilominus pecuniæ repetitionem eſſe, ut ob cauſſam datæ, cauſſa non ſecuta. Sed intelligi oportet illic pecuniam datam eſſe ab eo, qui cauſſam poſſibilem, id eſt nuptias ſequi poſſe putabat. Non exprimitur id quidem verbis reſcripti; ſed ſatis intelligitur illis verbis, quibus initio proponitur pecunia data eſſe in dotem. Nam dotis verbum non refertur, niſi ad ea matrimonia quæ iure valent. *L.* 3. *D. de iur. dot.* Proinde qui ita dedit, ut ſe putaret dare in dotem, is ita dediſſe intelligitur, ut ſe putaret dare ob matrimonium iuſtum futurum. Iam autem diximus, quod ob impoſſibilem cauſſam datum eſt ab eo, qui poſſibilem putaret, repeti poſſe. Hic occurritur, & obiicitur ſecundo loco in ſciente [1] *L. ſi militem*, *C. de cond. ob cauſ.* In hac ſpecie. Dedi militi quem militem ſciebam, pecuniam, ut mihi procurator eſset in aliqua cauſsa. Datum hoc videtur ob cauſſam iure impoſſibilem. Nam miles procurator eſse non poteſt nec ſi adverſarius conſentiat, ut eſt in *L. filiusfamilias*, 8. *§. veterani*, *D. de proc.* Sed & in *d. L. ſi militem*. Diſerte ſcriptum eſt, militem procuratorem fieri, legibus interdictum eſse. Quod ſi ita eſt, & ita iura eſse ſcivi aperte ob impoſſibilem cauſsam dedi ſciens; ſi ignoravi, erravi in iure; qui error non magis mihi prodeſt ad repetitionem, quam si non erraſsem. *L. cum quis*, *C. de iur. & fact. ignor.* Placet tamen in *d. L. ſi militem*. quidquid ob hanc cauſsam datum eſt, ut cauſsa non ſecuta repeti poſse. Et ſit ſane in hac ſpecie pecunia militi a ſciente data: attamen non eſt data ob cauſsam impoſſibilem. Prohibetur enim legibus miles procurator eſse: non abſolute, ſed hac conditione si adverſarius eum removeat exceptione procuratoria. Quod si hac omiſsa miles alieno nomine litem conteſtatus erit, iure procurator eſt, & iudicium

1) Ad cuius explicationem vid. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 3. n. 8. & *ſeqq.*

cium conſiſtit. Et hoc additur nominatim in *D. §. veterani*. Rata eſt igitur hæc ſententia, quod quis ob impoſſibilem cauſsam ſciens dedit, repetere eum non poſse. Cauſsa inhibendæ repetitionis ea quam dixi, quia non fuerit hoc animo, ut hac adiecta eius rationem haberi vellet.

VII. Ad eandem cauſſam pertinet donatum a ſponſo ſponſæ, & contra, hoc modo. Si quid ſponſus donavit ſponſæ, aut ſponſa ſponſo, etſi intelligitur donaſſe ob cauſſam, nempe futuri matrimonii cauſſa; ſic tamen ius eſt, ſi non [2] culpa accipientis acciderit, ne nuptiæ ſequerentur, quæ ſecutæ non ſunt, donatum repeti non poſſe. Veluti, ſi ſponſus nuntium remiſerit ſponſæ, aut deceſſerit ipſe, vel ſponſa prius, quam nuptiæ contraherentur. Quibus caſibus dicemus repetitionem non eſſe nec a ſponſa ipſa, nec a defunctæ heredibus. Id intelligimus ex *L. cum veterum, C. de donat. ant. nupt.* Nam illic initio refertur, veterum ſententiam fuiſſe, donationes in ſponſam nuptiis quoque non ſecutis valere. Excipit conſtitutio, & hactenus illam ſententiam temperat, niſi culpa accipientis acciderit, ut nuptiæ non ſequerentur: Veluti ſi ſponſa cui donatum erat, aut parentes eius ea non diſſentiente nuntium ſponſo remiſerint. Hinc facile eſt intelligere, ſi nihil illius culpa accipientis acciderit, ius antiquum & illam ſententiam veterum manere. Sive quod exceptio regulam confirmat in partibus non exceptis. *L. quæſitum, §. idem reſpondit domo inſtructa*, in fin. *D. de inſt. vel inſt. leg.* Sive quod quæ mutata ſpecialiter non ſunt, ea veteris iuris regulis relicta intelliguntur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Huius rei ratio non alia in re, quam in voluntate & effectu dantis: quem conſtat ſponſam amaſſe, & donando non aliud ſpectaſſe, quam ut beneficio ſponſam invitaret, quo vellet proniore animo nuptias ſequi. Cui voluntati repugnat donatum repetere, ſi ſponſa parata ſit nubere, ſed quominus nubat impediatur caſu. Sed & illud conſtat, quod a ſponſo donatur futuri matrimonii cauſſa, ſeu ut matrimonium ſequatur, in eo tacite id agi, ut ſponſus donatum repeti velit ſub hac conditione, ſi mulier non nupſerit. Porro in his qui effectu aliquo ducuntur erga mulierem, & hanc conditionem legato aut donationi in mulierem collatæ iniiciunt, ſi mulier non nupſerit, eam conditionem ſic interpretati ſunt veteres quaſi dictum eſſet, ſi mulier nubere noluerit, affectu patris & ſimilium perſonarum aliquid mulieri donantium hanc interpretationem exigente. *L. pater*, 101. *D. de cond. & dem.* Denique ſcimus quis eſſe ſoleat affectus ſponſi erga ſponſam, & ſponſæ erga ſponſum. Neque vero novum eſt ex affectu rem ita æſtimari, ut quod datum alioqui repeti poſſet, tunc non poſſit, cum ab affectu profectum intelligitur. *L. quod in uxorem, L. ſi paterno, C. de neg. geſt.*

VIII. Ex incommodo accipientis ceſſat repetitio iuſtiſſima de cauſſa, ſi res quam ille dare, aut manumittere ex lege dicta debuit, amiſſa eſt, eique amiſſioni fides ſuſcepta, ſeu neceſſitas implendæ conditionis cauſſam præbuit. Utputa, dedi tibi pecuniam, ut Stichum intra certum tempus mihi dares, aut manumitteres. Is ante diem periit: ſi amiſſioni cauſſam præbuit conventio, non repetam. Id autem accidit duobus modis. Uno, ſi Stichum diſtrahere potuiſti, & idcirco omiſiſti opportunitatem vendendi. Quia propter conventionem qua eras obſtrictus, eum ad manumiſſionem parabas. Altero, ſi cum iuſſu tuo proficiſceretur ad manumiſſionem, aut ut mihi traderetur, periit in itinere, eique morti profectio cauſſam attulit. Veluti, ſi a latronibus ſit interfectus, ſi ruina ſtabuli oppreſſus, ſi ſubmerſus naufragio, ſi vehiculo ſit obtritus. Quæ ſumma eſt *L. 5. §. 1.* maxime in illis verbis; *ſed ubi accepit, D. de cond. cauſ. dat.* Repetitionis in hac cauſſæ inhibendæ ratio & æquitas hæc eſt, quod ut is qui accepit, non debet ex eo quod datum eſt, lucrum facere, ſi videatur danti repetere, quod dedit. Ita etiam propter conventionem & officium, cui parere voluit, damno affici non debet. Quæ ratio generalis ſignificatur in *d. L. 5. §. 1.* in pr. *de cond. cauſ. dat.* Et certe ſi nemini officium ſuum, quod eius cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſſa ſuſceperit, damnoſum eſſe debet. *L. ſi ſervus*, 61. *§. quod vero, D. de furt.* Multo minus debet eſſe ei, ſi quis id officium implere ex voluntate dantis neceſſe habuit.

IX. Atque hæ cauſſæ ſunt ad inhibendam repetitionem dati, quæ peculiariter locum habent in ea cauſſa; quæ ita ſecuta non eſt, ut nec ſequi poſſit. Sunt, quæ proprie locum habeant in ea cauſſa,

2) *L. 1. C. Th. de ſponſal.* Item ſi nuptiæ ob mortem alterutrius non ſequutæ, dimidia pars a ſponſo eiuſve heredibus non revocatur, ſi oſculum intervenerit *L. 16. C. de don. an. nupt. d. L. C. Th. de ſponſal.* vid. Goth. *in not. d. L. n. 16.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *& 3. ſeqq.* Ant. Guib. *de Sponſal. Cap. de Effectu ſponſal. cir. fi.* Conſtant. Roger. *de Dote Q. 19. n. 26. & ſeq.* Io. Frid. Sol. *Tr. de Bon. conſt. matrimon. acquiſ. Q. 1.*

ſa, quæ adhuc pendet, & ſequi poteſt: valentque ad inhibendam pœnitentiam & ex pœnitentia revocationem dati rebus integris, ſeu quamdiu pendet; an cauſſa ſequatur, necne. Hæ cauſſæ ſummæ duæ ſunt; Obligatio dantis, & Cœpta ab accipiente cauſſæ impletio, quam illi omittere ſine iniuria integrum non ſit.

X. Obligatio dantis repetitionem eius ex pœnitentia ſummovens duplex eſt.

XI. Una eſt, cum is obligatus fuit ad dandum id, quod prius dedit, ita ut ab eo ultro peti poſſet, ſi non daret. Nam quod adverſarius ab eo petere potuit, multo magis ab eo datum potuit adverſarius retinere, ut proinde merito repetenti obſtet exceptio doli mali. Accidit hoc cum quid datum eſt in iis contractibus, qui ſolo conſenſu pariunt obligationem, qui iidem tranſeunt in proprium nomen contractus, ut emptione venditione, locatione conductione, & ſimilibus, de quibus ſupra diximus. Sit exempli gratia emptio & venditio. Vendidi tibi fundum certo pretio, & tradidi, nempe ob cauſſam, ut mihi pretium dares. Sic enim loquitur Paulus in *L. naturalis*, 5. in pr. 1. *reſp. D. de præſcr. verb.* Tu autem pretium ceſſas dare non caſu, ſed forte pervicacia. Sic tamen ius eſt, ut placeat me fundum tibi datum repetere non poſſe: denique actionem mihi pretii, non eorum quæ dedi, [3] repetitionem competere. *L. ſi donationis*, *C. de contr. empt. L. incivile*, *C. de rei vind.* Cur hoc potius in emptione, & ſimilibus contractibus, quam in iis, qui in aliud nomen contractus non tranſeunt, ut permutatione? Quia in emptione & venditione, de qua propoſuimus, qui fundum venditum tradit, etiam cum ſine traditione debuit, habetque emptor ad id conſequendum ultro actionem ex empto *L. ex empto*, 15. *D. de act. empt.* Venditum & nondum traditum ſi emptor ultro petere potuit, multo magis a venditore traditum potuit retinere iuxta regulam iuris. Cui damus actionem ad aliquid exigendum, multo magis ei exceptionem ad id retinendum competere quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Non mirum, ſi aliud placuit in iis contractibus, qui conſenſu obligationem non pariunt, qui idem non tranſeunt in aliud nomen contractus, qualis eſt permutatio, quæ ex re tradita initium obligationi præbet. *L. 1. D. de rer. permut. L. ex placito, C. eod.* (Conſtat enim ſi hac cauſſa dem tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des, licere mihi Stichum repetere ex pœnitentia tanquam ob cauſſam datum cauſſa non ſecuta. *L. naturalis 1. reſp. D. de præſcr. verb.*) Non mirum hoc, inquam. Nam ex hoc genere qui dedit alii, & necdum quidquam ab eo accepit, nullo modo adverſario obligatus ad dandum quod dedit, eoque nec ad datum relinquendum quaſi prius debuiſſet, ut ante oſtendimus. Hinc notandum eſt, quoties dedi tibi quid ob cauſſam, ut dares, aut faceres, & quæritur, an mihi qui dedi, liceat datum repetere ex pœnitentia cauſſa non ſecuta; in primis animadverti debere, quo ex genere contractus quid datum ſit: ut ſi ex eo, qui ſolo conſenſu obligationem parit, ceſſet repetitio: ſin contra, locus ſit repetitioni ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Quod & feciſſe Paulum licet obſervare in *L. naturalis*, tota, *D. de præſ. ver.* Et ex ſuperiore diſtinctione de hac repetitione dati ſtatuiſſe.

XII. Altera obligatio dantis idem efficiens eſt, cum is obligatus eſt ad cauſſam implendam aut promovendam, quam ex pœnitentia impedire cogitat. Non enim recte conetur infirmare, quod ipſe ultro debeat tueri. *L. vindicantem*, *D. de evict.* Id accidit in rebus a ſponſo ſponſæ vel a ſponſa ſponſo donatis. Quod ſponſus ſponſæ donavit, ſi revocat ante nuptias, quia forte ſponſæ nuntium remittit, revocat ob cauſſam datum cauſſa non ſecuta; & revocat ex pœnitentia. Quorum utrunque ex regula communi ſuperiore illi licere diximus. Negavimus tamen ſupra eum qui ſponſalibus nuntium remiſerit, donatum alteri repetere poſſe. *L. cum veterum C. de donat. ante nupt.* Idemque placet de arrhis ſponſalitiis. *L. 3. C. de ſponſ.* Nempe ideo, quia ipſe qui cauſſam, ideſt nuptias, ſequi non vult, ex ſponſalibus obligatus eſt, ut nuptias cum ſponſa contrahat, ſi nihil aliud prohibeat. Eſt abſurdum licere ei mutare, quod promovere debuerit.

XIII. Cœpta ab accipiente cauſſæ imple-

3) Vid. *C. præced. N.* 2. Hinc & generatim donans ob cauſſam condicere nequit, quandiu donatarius poteſt & vult conditioni parere, per *L.* 3 *&* 8. *C. h. t.* quin & ſic donatum ultro peti poteſt poſt *L.* 35. *C. de don.* Et iuxta ius quoque vetus alia donationis huius ratio quam ſimplicis ob cauſſam donationis, ut A. Fab. 45. *Err. Prag.* 9. Donationi huic duplex cauſſa: Præſens una, liberalitas. Altera futura ut quid fiat vel detur viciſſim. Illa nunquam poteſt videri defecta, hæc ex voluntate pendet. Hinc ut ſi nolit parere conditioni qui accepit, condictio eſt, quia ex ſola liberalitate non erat alter donaturus: ita parato illo implere non eſt condictio, quia, pendente impedimento, ſubeſt alia cauſſa præſens, & iam impleta, liberalitas. Num & exceptio in contractu favore piæ [illegible]ulæ vel eccleſiæ inito? Neg. contra alios Covar. 1. *Reſol.* 14. *n.* 15. Tiraq. *Privil. piæ cauſſæ*, 133. Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 4.

pletio repetitionem dati ex pœnitentia dantis ſummovet, ſi cœpta impletio eiuſmodi eſt, ut accipienti eam omittere non ſit integrum ſine damno & iniuria ſua.

XIV. Definit autem accipienti res eſſe integra tribus modis: vel quia ad cauſſam implendam cœpit eſſe obligatus, vel quia quod præcipuum in re erat, illi abeſt, vel quia ſumptus fecit neceſſarios ad cauſſam inchoandam.

XV. Qui ad cauſsam implendam iam obligatus eſt, quandiu pendet an obligetur, datum ob cauſsam repeti non poteſt; quoniam qui ita obligatus eſt, perinde haberi debet, quaſi iam impleſſet. Id accidit in dote ſponſo data, quam extraneus, qui dedit, ante nuptias contractas revocat. Videbatur hoc ei licere ex regula communi, quia datum ob cauſsam, ut nuptiæ ſequantur, revocat nuptiis nondum ſecutis ex pœnitentia quam danti conceſſimus. Negat tamen Neratius in ſpecie propoſita dotem repeti poſſe 4 quandiu nuptiæ ſequi poſſunt. *L. quod Servius*, *D. de cond. cauſ. dat.* Quæritur ratio huius ſententiæ. Hæc eſt, quod etſi ſponſus nondum contraxit cum ſponſa nuptias, ob quam cauſſam pecuniam acceperat, tamen in ea cauſſa eſt ex ſponſalibus ut contrahere neceſſe habeat, ſponſa poſtulante. Non adſtringitur quidem vinculo pœnæ ad matrimonium contrahendum legibus Romanorum. *L. Titia*, in pr. *D. de verb. obl.* At non eo minus ex officio viri boni ſua promiſſione ita obligatur, ut propemodum ſit infame non præſtare fidem in re tam religioſa. Porro qui quid facere aut præſtare alicui debet, quo facto actionem vel exceptionem adverſus alium habere incipiat, ſi ad id præſtandum cœperit eſſe obligatus, feciſſe iam & præſtitiſſe videtur. *L. ſi quis mandatu*, 28. *D. de neg. geſt.* Itaque non tantum in dote data idem dicimus favore dotis, ut vulgo exiſtimatur; ſed etiam generaliter in omnibus quæ ob cauſſam data ſunt, ſi ei qui accepit, res eo devenit, ut neceſſe habeat facere quod promiſit. *L. ſi pecuniam*, §. 1. *reſp. D. de cond. cau. dat.*

XVI Definit & tum accipienti res eſse integra, cum quod præcipuum in re erat, illi iam abeſt. Quamobrem & tum ab eo repeti datum non poteſt, quaſi re ſecuta, ſi per eum non ſtet, quominus quod reliquum eſt ad fidem implendam, impleatur. Id accidit in cauſsa ab advocato ſuſcepta. In huius quidem perſona de honorario quod illi datum eſt ut cauſsam ageret, ita ius eſt, ut ſi per eum ſtetit quominus ageret, honorarium reddere debeat. *L. ult. C. de cond. ob cauſ.* ſi non ſtetit, ceſset repetitio. *L. qui operas*, 38. in fin. *D. loc. L.* 1. §. *in honorariis*, *D. de extraord. cognit.* Uſque adeo, ut quanvis morte eius id acciderit, placeat tamen ſalarium auferri non poſse ne eius quidem heredibus. *d. L.* 1. §. *Divus*, *de extraord. cognit.* ut ſic efficiatur quocumque caſu factum ſit ne advocatus cauſsam ageret, pecuniam advocationis cauſsa datam repeti non poſse. Quam ſententiam eſse diximus *L. pen. C. de cond. ob cauſ. dat.* Cur hoc in advocato placuit præter regulam communem datorum ob cauſsam? Non dubium, quin ideo, quia opera advocati promiſsa in cauſsa ſuſcepta eiuſmodi eſt, ut ſtatim ab initio magna ex parte ab illo impendatur, & quidem præcipua. Ut ſic quoque cauſsa videatur ab illo iam inde impleta. Nam ab initio cœpit cauſsam cognoſcere, in eam inquirere, & cogitatione incumbere in eas res, quæ ad vincendam cauſsam pertinebant, ut ſe præmuniret, ſeque compararet ad cauſsam ſuo tempore agendam. Vel hæc ipſa opera per ſe digna eſt eo ſalario, quod datum eſt. Si non abſolute; at certe digna, quæ hactenus illi proſit, ne datum aliter repetatur, quam ſi per eum ſteterit, quominus quod reliquum erat, impleret. Singulare hoc ius eſt in advocatis, qui pecuniam ſine locatione accipiunt ad operam præſtandam: quod proinde ad alios qui quid acceperunt ob cauſsam, ſi cauſsa ſecuta non ſit, transferri non debet. Quod ni proprium ius eſset in advocatis, non recte conferretur definitio in advocatos, quæ ad omnes, qui quid ob cauſsam accepiſsent, pertineret. Sed & in cæteris, quicquid accipiunt ad operam ſine locatione præſtandam, non idem ius eſse declaratur aperte in *L.* 5. in pr. *D. de cond. cauſ. dat.* in perſona eius, cui pecunia data eſt ut Capuam iret. In qua ſpecie placet quanvis is paratus ſit proficiſci, tamen rebus integris poſse dantem ex pœnitentia repetere quod dedit: quia non fuit id factum quod locari ſoleret. Diverſa ſane cauſsa eſt, ſi interceſsit locatio, ſeu ſi quis operas ſuas locavit, & aliquid accepit, ut operam præſtaret in aliquod tempus. Quandiu per hunc non ſtabit, quominus operam præſtet, dicimus pecuniam ab eo repeti non poſse. Quippe quem placeat ſupra ſcripta conditione etiam

4) Vide Bald. *Novell. Tr. de Dote P. 6. Privileg.* 51.

iam ſi nondum mercedem accepiſset totius illius temporis, tamen accipere debere, in eamque rem habere actionem ex locato. *L. ſed addes*, 19. §. *ult. d. L. qui operas*, 38. in pr. *D. loc.* Et iam dixi eum, qui ad aliquid præſtandum ſemel obligatus eſt, non poſse ex pœnitentia renuntiare conſtitutæ obligationi. *L. ſicut*, *C. de obl. & act.* Quod ſi rebus integris facere non poteſt, multo minus tum poterit, cum etiam ultro impleverit, quod promiſerat.

XVII. Poſtremo etiam tunc accipienti res deſinit eſſe integra, cum is dum ſe ad cauſſam implendam parat, comparavit ad eam rem res neceſſarias, & ſumptus fecit, ut iam ſine damno reddere datum non poſſit. Iam ante diximus eum qui quid accepit, ut faceret, propter fidem ſuſceptam damno affici non debere. Ideo & quantum id erit, quod in hac re impendit, placuit tanto minus ab eo repeti poſſe. Qui locus explicatur pluribus in *d. L.* 5. in pr. & §. 1. *D. de cond. cauſ. dat.*

C A P. X X I V.

Repetitionem ob cauſſam dati ex obligatione eſſe: obligationem ex contractu, & ex genere earum quæ re contrahuntur. Hinc condictio ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Cui hæc detur: Adverſus quem; Quid in eam veniat.

Rerum nexus atque ordo. I.
Repetitio dati ob cauſſam eſt ex obligatione. II. IV.
Exceptio duplex, & quæ. III.
Obligatio ex re, ſive datione. V.
An etiam ex contractu. Quæſtionis utilitas. VI.
Obligationem hanc ex contractu eſſe, non aliunde. VII. VIII. IX.
Contrariis occurritur. X. XI. XII.
Rerum ſumma, & collectio. XIII.
De condictione ob cauſſam eadem fere, quæ de condictione indebiti quæri ſolere; illinc iſta petenda. XIV.
Unum diſſimile; & quid illud. Diſſimilitudinis cauſſa. XV.

I. HIs cauſſis exceptis manet repetitio ob cauſſam dati ea, quam ſupra poſuimus, ut ſcilicet datum ob cauſſam non inhoneſtam poſſit repeti, ſive cauſſa ſecuta non ſit quovis modo, sive ſit ſecuta contra voluntatem & pœnitentiam dantis. Repetitione conſtituta, deinceps videamus, qua ex cauſſa ſit hæc quoque repetitio, quando iure nulla actio, nulla obligatio eſt, niſi ex certis & conſtitutis cauſſis, & hoc genus inter eas obligationes poſuimus, quæ re contrahuntur; de quo ambigitur.

II. Nos vero de hac repetitione idem plane ſtatuimus quod de repetitione indebiti, & quidem certius; repetitionem ex obligatione eſſe, obligationem ex contractu eſſe, & ex genere earum, quæ re contrahuntur. Repetitio ob cauſſam dati ſimiliter ut indebiti, non naſcitur nobis iure dominii, ut qui dando, id eſt dominium transferendo in accipientem, deſierimus eſſe domini (de quo ſatis in indebiti obligatione, qua obſtringitur is qui datum accepit, ut reddat, cauſſa non ſecuta).

III. Duas ſpecies exceptas video, in quibus cum detur condictio adverſus accipientem tanquam adverſus obligatum, placet etiam dari utilem in rem actionem eſſe. Quam quidem iure dominii competere, nec dari adverſus eum qui nobis obligatus ſit, conſtat, § 1. *Inſt. de act.* Species hæ ſunt; una, cum quis quid donavit ea lege, ut donatarius certa ei alimenta præberet, nec præbuit: de qua in *L.* 1. *C. de donat. quæ ſub mod.* Altera, cum ſponſus ſponſæ, aut ſponſa ſponſo quid donavit, & eius qui accepit, culpa factum eſt, ne ſequerentur nuptiæ. De quo in *L. cum veterum*, *C. de don. ante nupt.* Sed utrumque de rei vindicatione utili cautum ſingulari iure. Prius favore alimentorum; poſterius pœnæ cauſſa eius, qui fidem rupit in ſponſalibus. Aliis in cauſſis ob rem dati repetendi cauſſa utilem illam actionem in rem dari non legimus.

IV. Ex quo ſola relinquitur repetitio, quæ inducatur obligationis iure adverſus eum, qui ad reddendum quod accepit, ſit obligatus. Obligationem indicat condictio, quæ huius dati nomine datur, quæ dici-

dicitur *condictio ob cauſſam datorum, ſeu condictio cauſſa data, cauſſa non ſecuta. L.* 1. 2. 3 Et in inſcriptione. *C de cond. ob cau.* Toto Titulo *D. de cond. cauſ. dat.* Condictio eſt actio in perſonam. Omnis autem in perſonam actio adverſus eum, qui eſt nobis obligatus. *L. actionum, D. de obl. & act.*

V. Quod ſi hic obligatio eſt: ex re eſt omnino, non ex conſenſu ſolo, ſimiliter ut indebiti; de qua in §. *is quoque, Inſt. quib. mod. re contr. obl.* ideo enim dati repetitio & obligatio dicitur, ut intelligatur niſi de eo quod datum eſt, obligationem non eſſe. Quod tum magis intelligitur, cum dicitur obligatio eſſe ut reddatur ob cauſſam datum: quam ad rem repetitio dati competit. Nunquam enim reſtitutio aut repetitio eſſe poteſt, niſi eius quod prius acceptum fuerit: nec acceptum, niſi quod prius datum erat. Definivimus autem toties obligationem ex re naſci, quoties res tradita initium obligationi præbet. Ac de his non magis dubitari poteſt, aut ſolet, quam in repetitione indebiti.

VI. Communis dubitatio eſt, an ſit hæc quoque obligatio ex contractu, necne. Quam utiliter vel potius neceſſario id quæratur, ex rationibus ſubiectis apparebit. Nunc hoc agamus, ſitne ex contractu, an ſecus.

VII. Nos vero certius dixerimus ex contractu eſſe, quam repetitionem indebiti, cum adiectio cauſſæ propemodum aperte hoc efficere videatur, ut, cauſſa non ſecuta, ſit repetitio. Et ita res habet, eodemque & communi argumento efficitur. Omnis obligatio quæ petitionem parit, ſi eſt ex conventione, eſt ex contractu Eſt enim contractus, conventio iure ad obligationem comprobata, ut ſupra definivimus. Obligatio autem ob cauſſam dati, ut certo iure repetitionem habet, ita eſt & ex conventione dantis & accipientis. Eſt igitur ex contractu. Ex conventione eſſe, certis rationibus & auctoritate veterum confirmatur. Argumenta hæc ſunt. Nunquam numeratio aut traditio alicuius rei accipientem obligat, niſi hoc ipſum agitur, ut confeſtim obligetur. *L. non omnis, D. ſi cert. pet.* At numeratione & traditione eius, quod datur ob cauſſam, obligatur is qui accepit, ut reddat ſi cauſſa ſecuta non ſit; de quo convenit. Quare & hoc ipſum inter dantem accipientemque agi intelligitur. Agi autem inter aliquos nihil aliud eſt, quam convenire tacite inter aliquos, ut quid fiat; & quod ita agitur, pro cauto habendum eſt. *L.* 3. *D. ſi cert. pet.* Eſt igitur hæc obligatio ex conventione: proinde ex contractu.

VIII. Eiuſdem rei argumentum hoc eſt; cum pater aut extraneus dat dotem ſponſo pro muliere, in quem caſum non pepigit ſibi dotem reddi vel non ſecutis nuptiis, vel ſoluto matrimonio, in eum caſum dotis actionem non habet, ſed mulier. *L. ſi non dotem*, 22. in pr. *D. ſol. matr.* At qui ita dotem dedit ſimpliciter, is ad dotem repetendam actionem habet, non ſecutis nuptiis, tantum ideo, quia dos ob cauſſam data eſt, ut nuptiæ ſequerentur. *L. ſi extraneus, D. de cond. cauſ. dat.* Proinde in eum quoque caſum pepigiſſe intelligitur, ut ſibi redderetur nuptiis non ſecutis, id eſt cauſſa non ſecuta. Atque hæ rationes ſatis oſtendunt quod ante attigi, quam ſit non dico utile, ſed neceſſe ad rationem iuris intelligi obligationem ob cauſſam dati reddendi ex conventione eſſe & contractu: poſtquam niſi hoc ſtatuimus, obligatio hic nulla futura eſt, quam tamen eſſe volumus; aut ſi erit aliqua, ſaltem in ea ſpecie, quam modo retulimus, neceſſe erit repetitionem mulieri dari, non extraneo, qui dotem dedit.

IX. Poſtremo si auctoritas veterum quæritur, hæc ſententia prope diſerte ab his expreſſa eſt. Ulpianus in *d. L. ſi extraneus, de cond. cauſ. dat.* ſcribit eum, qui ſponſo dotem dedit pro muliere ante nuptias, id eſt ob cauſſam ut nuptiæ ſequerentur, veriſimile eſſe ſibi proſpexiſſe in eum caſum, quo nuptiæ ſecutæ non eſſent. Proſpicere ſibi in re aliqua cum alio gerenda eſt utiliter convenire, ut quid fiat, unde ſcilicet paciſcenti ſit actio. Quod fit vel ſtipulatione vel pacto in traditione rei noſtræ interpoſito. *L. diviſionis. L. in traditionibus, D. de pact.* Sic dicitur actor in tranſactione ſibi ſtipulatione proſpexiſſe: in *L. cum proponas inter, C. de tranſact.* Sic donator donaſſe certa lege, & huic rei ſtipulatione vel in continenti habito pacto proſpexiſſe in *L. cum res, C. de donat.* Et vis verbi indicat, *proſpicere* ſibi idem eſſe, quod ſibi cavere. Cavere autem nobis ſimiliter dicimur conventione utili cavere. *L.* 3. in pr *D. de tranſact.* Paulus in *L. ſenatus*, §. 1. *D. de mort. cauſ. donat.* ſcribit quod datur cauſſa mortis, ob rem & cauſſam futuram dari: eum autem qui donat, quatenus ſe cogitat, id eſt quatenus ſe habere mavult quam donatarium, eatenus negotium gerere, & ex hoc negotio geſto eſſe condictionem ob

Digitized by Google

ob cauſsam dati, cauſsa non ſecuta. Dixi ſupra cum de obligatione indebiti agerem, negotium geri inter aliquos in uſu iuris dici, cum aliquid tibi do vel facio hac lege & conventione, ut viciſſim quid des aut facias. *L. ſolent, D. de præſcr. verb.* Eſt igitur repetitio ob cauſsam dati illorum ſententia ex conventione & negotio geſto, & breviter ex contractu, ubi conventio comprobatur lege ad obligationem. Huc accedit collocatio huius condictionis, quam in *D.* & *C.* relatam videmus inter eos contractus qui re perficiuntur, ut condictionem indebiti.

X. Sed utcumque ita ſenſerint veteres plerique, merito tamen quæritur, an recte ita ſenſerint. Quæritur enim, ubi ſit illa conventio, quæ nuſquam hic apparet. Et vero duo ſunt, quæ videantur hic conventionem eoque & contractum removere. Primum verba negotii geſti. Cum enim do tibi ob cauſſam, ut des aut facias, puta do Stichum, ut Pamphilum des, ut manumittas, in hoc negotio duæ ſunt partes; una qua tibi do: altera, qua convenit, ut des aut facias. Qua parte tibi do, nihil minus convenit, quam ut reddas quod accepiſti. Do enim, ut res tua fiat: ſi quidem dare eſt dominium transferre. *§. ſic itaque Inſt. de act.* Porro quod cuiuſque eſſe cœpit, ſine facto eius ad alium transire non poteſt. *L. id quod noſtrum, D. de reg. iur.* Rurſum qua parte convenit, ut dares aut faceres, aperte in eo nihil convenit de eo, quod datum eſt, multoque minus de eo reddendo. Aliud eſt enim quod dedi, aliud de quo convenit, ut dare aut facere deberes. Proinde hæc conventio addita non ideo repetitionem dati inducit. Eiuſque rei argumentum eſt in emptione. Nam cum emptori fundum venditum trado, do ob cauſſam, ut mihi pretium det. *L. naturalis. §. 1. D. de præſcr. verb.* & tamen ſi non det pretium, non ideo mihi competit dati repetitio. *L. ſi non donationis, C. de act. empt.* Quæ tamen mihi competeret, ſi hoc conveniſſet. *L. ſed Celſus, 6. §. 1. D. de contrah. empt.* Sed & illud videtur conventioni adverſari, quod veteres tradiderunt hanc repetitionem eſſe ex æquo & bono. *L. in ſumma, 65. §. quod ob rem, D. de cond. ind.* Nam ſi hæc obligatio ex contractu eſt, quid neceſſe erat hac cauſſa communi & nota omiſſa, aliam & novam dicere?

XI. De quibus dicam paucis, quia ſunt hæc fere cum indebiti repetitione communia. Ex de verbis fatendum eſt, cum do tibi, ut des quid, aut facias, in verbis nullam ineſſe conventionem eiuſmodi, ut datum reddas, cauſſa non ſecuta, non magis quam in eo quod ab errante ſolvitur. Sed ceſſantibus verbis extra id quod principaliter & aperte agitur, ineſt hic quoque ut in indebito ſoluto tacita conventio ex ſententia contrahentium, ut datum ob cauſſam reddatur, cauſſa non ſecuta. Intellecta eſt autem ſententia ex ſenſu communi eorum, qui ob cauſſam aliquid dant, vel accipiunt: quorum fere ea mens eſt, ut cauſſam adiectam pro temperamento, ſeu pro conditione dati haberi velint. Sic enim dicunt: do, ſed hoc pacto, hac lege & velut conditione, ut illud aut illud facias. Ut proinde videantur ita dediſſe ut datum maneret ſub conditione, ſi cauſſa ſecuta eſſet, ob quam dederint. Unde dictum, modum in teſtamentis qui nihil niſi cauſſa eſt, ob quam quid legatur, pro conditione eſſe. *L. 1. C. de his quæ ſub mod.* Neque hæc ſolum ſententia in teſtamentis recepta eſt: ſed & in contractibus. Unde factum, ut cauſſa in hoc genere paſſim appelletur conditio, ut initio huius generis datorum oſtendimus. *L. 3. L. ſi repetendi, C. de cond. ob cauſ. dat.* Quod ſi ob cauſſam datum intelligitur tacite dari ſub conditione, ut maneat, ſi cauſſa ſequatur: neceſſe eſt ex contrario eventu contrariam conventionem intelligi, ut ſi cauſſa non ſit ſecuta, placeat nec datum videri, ſeu non ita datum, ut maneat. Vis hæc eſt & ſententia adiectæ conditionis. *L. quibus 40. §. 2. D. de cond. & dem.* Sed hæc interpretatio, ut dixi, ex ſententia tantum eſt, & coniectura voluntatis, ducta ex iis, quæ homines cauſſam & legem traditioni adiicientes cogitare ſolent. Unde Ulpianus in *d. L. ſi extraneus, de cond. cauſ. dat.* non dicit eum, qui dotem dedit, ſibi proſpexiſſe in eum caſum, quo nuptiæ ſecutæ non eſſent: ſed *veriſimile* eſſe ſibi proſpexiſſe. Signi conventionem hanc in coniectura voluntatis poſitam eſſe, non in expreſſione aut ſignificatione ipſa verborum. Et ideo huic coniecturæ in re dubia locus eſt: in voluntate certa minime. Quæ cauſſa eſt, cur in emptione & ſimilibus contractibus, in quibus qui dedit ob cauſſam, prius obligatus erat ad dandum, placeat eum quod dedit, repetere non poſſe. Quippe aperte id actum eſt, ne repeteret. Nam qui prius ſe obligavit ad dandum, multo magis ſe obſtrinxit ad non repetendum, ſi forte ad id ſponte dandum proceſſiſſet, ut ſupra diximus in cauſſis inhibendæ repetitionis. Hæc de verbis.

XII. Quod attinet ad illud, quod dicitur hæc repetitio eſſe ex æquo & bono, *d. L. in ſumma, §. quod ob rem, de cond. ind.* Idem plane de eo, quo de condictione indebiti reſponſum volumus. Repetitio ob cauſſam dati ex conventione eſt & negotio geſto, ut oſtendimus. Sed ex conventione tacita. Quam ob cauſſam etiam dicitur ex æquo & bono eſſe, quia hæc ipſa conventio cum verbis non inſit, ſed accipiatur præter ſignificationem omnem verborum tantum ex contrahentium ſententia, benignitate interpretationis fit, id eſt ex æquo & bono, ut admittatur. Quod cuiuſmodi eſſet, pluribus expoſuimus in condictione indebiti. Neque vero quia hæc conventio eſt tacita, eo minus ad obligationem & actionem prodeſſe debet. Nam ut ibidem quoque diximus, non minus conventiones tacitæ valent, quam verbis expreſsæ. *L. 4. D. de pact.* Semperque quod agitur, etiam ſi tacite agitur, pro cauto habendum eſt. *L. 3. D. ſi cert. pet.*

XIII. Quæ ſi ita ſunt, apparet a nobis initio recte poſitum eſſe, obligationem ad datum ob cauſſam repetendum ſimiliter ut repetitionem indebiti ex earum genere eſſe, quæ naſcuntur ex contractu; & in his ex earum numero, quæ re contrahuntur. Verumtamen ita ex contractu, ut cum hic obligatio ſit ex conventione, ſit tamen ex conventione, quæ verbis nec exprimatur, nec includatur, ut in mutuo, depoſito, commodato, & ſimilibus, ſed præter omnem ſignificationem verborum colligatur ex ſententia contrahentium per contrarium ducta, idque benignitate interpretationis, ſeu æquo & bono hanc ſignificationem ſuggerente.

XIV. Hinc condictio ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Quæ; Cui detur; Adverſus quem; Quid petat, quam pauciſſimis abſolvam. Sic enim ſtatuemus omnia hic fere de his ſimilia eſſe, quæ in condictione indebiti. Datur ei qui dedit ob cauſſam, eiuſque heredibus, ut cæteræ actiones in perſonam. *L. 2. L. 3. C. de cond. ob cauſ.* Datur adverſus eum, qui accepit, ut & ſimiles. De quibus in *L. his ſolis, 49 D. de cond. ind. L. eum qui. L. non adverſus, C. ſi cert. pet.* Pariterque in eam actiunem veniunt non ſolum res principaliter debita eadem, quæ in indebito ſoluto, puta aut pecunia data, aut quæ pro data habetur, ut decem acceptolata. *L. 4. L. ſi mulier, D. de condict. cauſ. dat.* Aut obligatio emiſſa. *L. 4. C. eod L. 1. D. de cond. ſi cauſ.* Sed & eius rei acceſſiones ex eadem regula æquitatis. Quod declaratur in *L. qui ſe debere, 7. §. ult. L. cum quis, 12. D. de cond. cau. dat.*

XV. Unum diſſimile eſt, quod & in condictione indebiti attigimus, & hic prætermittendum non fuit, poſitum in perſona eius, qui dedit ob cauſſam. Nam indebitum si quis ſolverit alterius nomine & mandatu, condictio indebiti non ſolventi datur, ſed domino, cuius nomine ſolutum eſt. *L. indebitum, 47. D. de cond. ind.* Aliud ſervatur in his quæ ob futuram cauſſam data ſunt. Si quis enim quid dederit ob cauſſam alterius nomine & iuſſu, puta dotem iuſſu mulieris, ut ſcilicet nuptiæ ſequantur, & nuptiæ ſecutæ non sint, placet hic condictionem non competere mulieri, cuius nomine dos data eſt, ſed ei qui dedit, nisi mulieri donatum voluerit, *d. L. qui ſe debere, in pr. L. ſi donaturus, 9. D. de cond. cauſ. dat.* Differentiæ ratio hæc eſt, quod qui alterius numine ſolvit, ita ſimpliciter ſolvit, ut nullo caſu ſibi velit eſſe repetitionem. Qui autem alterius nomine ob cauſſam dat, ideo cauſſam adiicit, ut velit hanc ſequi, atque hac non ſecuta nec alterius nomine dare intelligatur. Cui conſequens eſt, ut ſoli danti competat condictio, quasi qui in hunc caſum ſuo nomine dans ſibi proſpicere voluerit.

CAP.

C A P. XXV.

De repetitione ob turpem cauſſam datorum.

Quid diſſimile repetitioni datorum ob turpem cauſſam cum repetitione datorum ob cauſſam honeſtam. I.
Repetitio ex genere turpium unde æſtimetur. II.
Ceſſat, quotieſcunque ſolius dantis, aut utriuſque verſatur turpitudo. III.
Etiam cauſſa non ſecuta; & quare. IV.
Turpitudo dantis in eo quod quis det ut turpe aliquid fiat. Et quæ id genus turpia. V.
An eius cauſſa turpis, qui iudici dedit, ut æquum ſecundum ſe iudicaret. V. VI.
An & illius, qui in maleficio deprehenſus dedit, ut ſe redimeret aut ne proderetur. VII.
Contrariis occurritur. VIII. VI.
In maleficio deprehenſus ſolam habet actionem: quod metus cauſſa *ad dati repetitionem. Quid hoc interſit.* IX.
Cum ſolius accipientis in re turpitudo verſatur, competit repetitio; & quare. X.
Huius turpitudo in quo poſita. XI.
An & in eo quod quis accipit furis iudicandi cauſſa. XII.
Obligatio datorum ſive ob turpem, ſive honeſtam cauſſam; & obligationis origo eadem. XIII.
Cauſſæ tractatio in qua utriuſque turpitudo verſatur, quare prætermiſſa. Quid de ſcorto, eiuſque turpitudine. XIV.

I. AC de repetitione eorum, quæ ob cauſſam futuram non inhoneſtam data ſunt, ſatis. Habent & ea quæ ob [1] turpem cauſſam data ſunt, ſuam repetitionem: ſed conditione longe diſſimili. Nam in prioribus pendet repetitio ex eo, an cauſſa ſecuta ſit, necne: unde evenit, ut eadem ſpecies admittere poſſit repetitionem & repudiare. Quoniam cauſſa ſequi poteſt, & non ſequi. Nihil eiuſmodi in iis quæ ob turpem cauſſam dantur. In quibus ita ius eſt, ut ſi quibus in cauſſis in alterum caſum ſemel repetitio non eſt, in his non ſit in totum, ſive cauſſa ſecuta ſit, ſive non ſit. Contra in quibus ſemel repetitio admitti cœpit, quia forte cauſſa ſecuta non eſt; in his in totum ſit repetitio, ſive cauſſa ſecuta non ſit, ſive ſit ſecuta.

II. Pendet repetitio ex hoc genere ex turpitudine perſonarum dantis aut accipientis. In quo hæc brevis ſumma & diſtinctio iuris eſt, ut ſi dantis turpitudo vertetur, nunquam ſit repetitio: ſi accipientis, ſemper. Utrumque quale ſit, videamus.

III. Hoc igitur primum dicimus ita ius eſſe, ſi [2] dantis turpitudo ſit cauſſa, ceſſare dati repetitionem. Si dantis [3] ſolius, nulla dubitatio. *L. 4. §. ſi meretrici, D. de cond. cauſ. dat.* Sed etſi dantis [4] ſimul & accipientis turpitudo verſetur, idem iuris eſt, *L. 3. D. eod. L. mercalem, C. eod.* Neque hic quidquam actori proderit accipientis turpitudo; ut dicatur & ipſum dolo facere, qui velit rem maleficio partam ſibi retinere. Nam cum [5] par ſit turpitudo in actore, fit hic locus regulæ iuris, qua placet in pari cauſſa potiorem eſſe poſſeſſorem. *L. pen. D. de cond. ob turp. cauſ. L. 2. C. eod. L. in pari, D. de reg. iur.* Generaliter autem dictum eſt hoc caſu repetitionem ceſſare; ut intelligamus ceſſare omni modo, ſive cauſſa ſecuta ſit, ſive non ſit. Ut puta, dedi iudici pecuniam, ut male iudicaret. Non repetam omnino, ſive fecit, quod volui, id eſt male iudicavit: ſive contra, quia aut non iudicavit omnino, aut bene iudicavit.

IV. Et quidem hoc caſu extra controverſiam eſt, quod dicitur cauſſa ſecuta repeti-

1) Vid. de hac conditione Duar. ad *h. t. D. & C.* Covar. in *C. peccatum de R. I. in 6. P. 2. Relect. §. 2. & 3.*
2) Turpitudinem turpem cauſſam trium generum ſtatuit Duar. *h. t. C. 1.* accipientis tantum, utriuſque dantis tantum.
3) Quod 3. genus turpitudinis facit Duar. *h. t. C. 4.*
4) Quod a Duareno ſtatuitur 2. genus turpitudinis *h. t. C. 3.*
5) Atqui res luſu perditæ repeti poſſunt intra 50 annos *L. ult. C. de aleat.* Mozz. *de Contr. indeb. C. 6. n. 4.* ubi itidem turpitudo utriuſque vertitur, licet non datum ſit ob cauſſam futuram. Valet tamen conſuetudo, qua ludo vincens ad reſtitutionem non tenetur, maxime ſi ludi genus non ſit omni iure prohibitum & dolus abſit. Tueri enim videtur ludum æqua luſorum conditio & dubius victoriæ eventus, arg. *L. 1. C. de pact.* Rain. Corſ. 3. *Indagat.* 11. Quin nec in foro animi ad reſtitutionem teneri vult Io. Gutierez. *de iuram. confirmat. P. 1. C. 53. n. 2.* fuſe & pulchre de ludis licitis & illicitis Andr. Rauchb. *P. 2. Q. 25.* add. Io. Bapt. Pius *Annot. poſter. C. 72.*

Digitized by Google

petitionem turpiter dati non eſse. Eſt enim ex regula communi ob cauſsam datorum, qua placet etiam quod honeſte datum eſt, cauſsa ſecuta repeti non poſse. *L. 1. D. de cond. cauſ. dat.* ut minus mirum ſit idem ius adverſus eum qui turpiter dedit, ſervari. At illud contra regulam communem, ut videtur, quod placet etiam cauſsa non ſecuta ceſsare turpiter dati repetitionem. Sic enim regula eſt, quod ob cauſſam datum eſt, cauſsa non ſecuta repeti poſse. *L. ſi militem, C. de cond. ob cauſ.* Ideo merito quæritur, cur hic non idem ſervemus. Cuius rei duplex cauſsa eſt, primum quia eſt etiam ex iure communi datorum ob cauſsam id ſtatui. Non enim ſimpliciter dictum eſt, quod ob cauſsam datum eſt, cauſsa non ſecuta repeti poſse: ſed ſi quid datum eſt ob cauſsam non impoſſibilem. Si ob impoſſibilem, contra eſse. *L. dictam, C. de cond. ob cauſ.* Atqui huiuſmodi cauſsa eſt ea, quæ eſt turpis: quandoquidem ut in ſuperiore condictione diximus, quæ facta turpia ſunt, & contra bonos mores, ea nec nos facere poſse credendum eſt *L. filius, D. de cond. inſt.* Tum autem hoc æquitas ſuadet, & utilitas publica, ut ſi is qui accepit, ut turpiter quid faceret, cauſsa ſecuta datum non reddit: multo minus reddere debeat, cum illud non admiſit. Laudandus eſt enim potius, quod a maleficio temperavit, & tanto magis præmio dignus. *L. reprehendenda, C. de inſt. & ſubſtitut.*

V. Videndum, quando dantis turpitudo verſetur. Sic definiemus, tunc dantis turpem cauſsam eſse, quoties dedit, ut turpe aliquid fieret. Veluti ſi dederit, ut fieret furtum, lenocinium, ſi mulieri ob ſtuprum, ſi iudici ut male iudicaret. *L. 3. L. 4.* in pr. *D. de cond. ob turp. cauſ. L. mercalem, C. eod.* Turpe hoc ita dari, primum quia facere videtur, quæ fieri mandat. *L. 1. §. ait.* verſ. *deieciſſe, D. unde vi.* Deinde quia omnis eſt conventio & datio turpis, ac contra bonos mores, quæ præmio propoſito invitat ad delinquendum. *L. illud, D. de pact. dot.* Ac quæ turpiter ita dentur, cæteris in factis non eſt obſcurum. Duæ ſpecies factorum hic occurrunt, quæ iuſtam dubitationem habent, an ad ſuperiorem definitionem pertineant; ut etiam in his quanvis cauſsa non ſecuta ceſset dati repetitio. De quibus ideo amplius nobis cognoſcendum eſt. Una ſpecies eſt hæc, ſi dedi iudici, ut ſecundum me in bona cauſsa iudicaret. In qua ſpecie prima fronte dici poteſt, nullam turpitudinem dantis verſari, eoque & cauſſa non ſecuta repetitioni locum eſſe. Quid enim facit turpe, qui id agit, ut ſecundum ſe in bona cauſſa iudicetur? quod fieri non modo turpe non eſt, ſed eſt etiam honeſtum, & tale quod ius etiam a iudice exigat. *Inſt. de off. iud.* in pr.

VI. Sed & videri poteſt Ulpianus concedere in hac ſpecie dati repetitionem in [6] *L. 2.* in fin. *D. de cond. ob turp. cauſ.* Ubi is ſcribit relatum eſſe, puta apud quoſdam ſcriptores, in hac ſpecie condictioni locum eſſe; neque id aperte negat poſtea, ut videatur in eadem ſententia manere. Sed non alius locus proferri potuit apertior, quo probetur, & hic dantis turpitudinem verſari, & ſimul ceſſare repetitionem, quam ſuperior ille Ulpiani. Sic enim verba ſunt: *Sed ſi dedi, ut ſecundum me in bona cauſſa iudex pronuntiaret, eſt quidem relatum, condictioni locum eſſe. Sed hic quoque crimen contrahit; iudicem enim corrumpere videtur. Et non ita pridem Imperator noſter conſtituit, litem eum perdere.* Multa ſunt argumenta in hac oratione, quæ evidenter oſtendunt priorem ſententiam improbari, & hic quoque denegari repetitionem. Primum expendendum, in his verbis, ſed hic quoque, eſſe adverſativam orationem, ſubiecta hac particula *ſed*. Adverſativæ orationis vis & ſignificatio hæc eſt, ut ſemper tollat, quod præceſſit: nam alioqui præcedentibus ſubſerviret, non adverſaretur. Iam illud, quod de re dicit Ulpianus, quale eſt? *Sed hic quoque*, inquit,

6) Menoch. *Arb. Ca.* 343. *n.* 7. forte in *d. L.* 2. deeſſe negationem ut legatur *locum non eſſe*, quia alias verba, *ſed hic &c.* non aperte adverſarentur prioribus. Sed recte noſter, & facit vocula *quidem* IC. quamvis aliqui velint hic condictionem dari; tamen tantum id abeſt; ut etiam cauſſa perdatur. Covar. *in C. peccatum de R. I. in 6. P. 2. Relect* §. 3. *n.* 1. tunc cum perditur cauſſa ſimul negari condictionem, ut ſi quis dederit ut ſecundum ſe ſententiam ferat, qui forte ſecundum conſcientiam & iudicii dictamen aliud pronunciaturus. Quod ſi detur ut celerius cauſſa expediatur, crimen corruptionis non committi, & nec cauſſam perdi, nec condictionem negari: & Menoch. *d. lo. n.* 8. *per C. ſane* 14. Q. 5. Vaſq 3. *Contr. uſu freq* 37. *n.* 34. *& ſeqq.* ſententiam iudicis, pretio accepto, ſive ut iniuſte ſive ſimpliciter ut iudicet, ſemper nullam eſſe; utpote a corrupto prolatam, cum gratis debeat officium impertiri. Indiſtincte quoque perdi cauſſam, tametſi ſi detur ut iuſte iudicet, condictio ſit *d. L.* 2. §. 1. Et ita Vaſquezius putat *v. ſed hic*, priora non corrigere, (uti & Duar. *h. t.* C. 3.) quia, inquit, cauſſa dandi eſt honeſta, tametſi receptio ſit inhoneſta & ita turpitudo ex parte accipientis. Ipſa quoque datio inhoneſta ac res mali exempli. Ideo cauſſæ amiſſione punitur, non autem eius quod datum eſt. Sed non recte diſtingui puto dationem & cauſſam dandi, quia omnis delicti cauſſa turpis in faciente. Si vero dederit pergit Vaſquezius corrumpendi gratia, datum non condici, ſed a fiſco auferri *L. Lucius* 9. *de I. fiſci*. Itemque non condici ſimpliciter datum, non expreſſo eo ut ſecundum ſe iudicetur *L.* 1. *C. de pœn. iud. qui mal. iud.* Quid iuris in teſte qui pecuniam accepit, Vaſq. *d. C.* 37. *n.* 37. *& ſeqq.* Menoch. *Caſ.* 310.

quit, *crimen contrahit*. Potuitne apertius dicere hunc turpiter dare, ſeu eius turpitudinem in hac datione verſari, quam cum dicit, eum dando etiam crimen contrahere? At quale crimen? Id nimirum, cuius gravitatem arguit ex ea pœna, quæ huic facto indicta eſt ab Imperatore Alexandro. Is enim conſtituit, eum qui id feciſset, litem perdere. Grave igitur id delictum iudicatum eſse apparet, cui hæc pœna infligitur, ut qui admiſit, etiam in bona cauſsa litis damno afficiatur: qua pœna in re pecuniaria nulla maior reperiri poteſt. Hoc vero poſito, etiam eius turpem cauſsam eſse, qui dedit iudici, ut ſecundum ſe in bona cauſsa pronuntiaretur, factum incipit ad regulam communem iuris pertinere, qua efficitur, ut cum dantis turpitudo verſatur, ceſset repetitio. *L.* 4. §. *ſed quod*, *D. de cond. ob turp. cauſ.* Idque eſt quod, adverſativa oratione ſubiecta, ſignificare voluit Ulpianus, dum id mutat quod prius dictum erat, condictioni locum eſse. Atenim non aperte dicit Ulpianus, in hac ſpecie ceſsare repetitionem. Sane conceptis verbis id non exprimit: ſed quid refert ſi aliis verbis non minus aperte id ſignificat? Is adverſativa oratione mutat, quod prius retulerat. Negat igitur prius illud, repetitioni locum eſſe. Deinde delictum dantis in hac ſpecie ſtatuit. Satis eſt cauſſam denegandæ repetitionis poſuiſſe, ut ex cauſſa effectum colligamus, nempe repetitionis denegationem. Sed quid turpe facit, qui iudici dedit, ut ſecundum ſe in bona cauſſa iudicetur? Reſpondet Ulpianus, *iudicem corrumpere videtur*. Et recte. Iudicem enim ſibi obſtringit, ut ſecundum ſe iudicet, ſive bona cauſſa ſit, ſive mala, ne is contra iudicando aut pecuniam reddere cogatur, aut pecuniam retinens vanus habeatur ſecus iudicans, quam erat pollicitus. Tum autem cur ſi litigatoris bona cauſſa eſt, non potius iudici permittitur libera poteſtas de eo ſtatuendi, quam illi obiicitur munus iudicandi cauſſa? quod non alio poteſt ſpectare, quam ut iudex corrumpatur, ut quanvis cauſſa mala ſit, tamen velit in ea litigatori gratificari. Nihil ad rem pertinet, quod litigator cauſſam ſuam bonam eſſe dicit. Fieri enim poteſt ut mentiatur, & ita mentiendo honeſtum nomen & latebram quæſierit improbitati, & corruptioni ſuæ. Et cur ei in re ſua fides habeatur.

VII. Altera ſpecies eandem dubitationem recipit, non quia ignoretur quid de ea veteres ſenſerint, ſed quia hoc dubitetur, quam recte ſenſerint, putaverintque ad ſuperiorem definitionem pertinere. Ea eſt, cum quis in maleficio, puta furto, aut adulterio deprehenſus, pecuniam dedit ut ſe redimeret, neve prodatur. In hac quidem ſpecie conſtans veterum ſententia eſt, etiam dantis turpitudinem verſari, ac proinde ceſsare repetitionem. *L.* 4. in pr. & §. 1. *D. de cond. ob turp. cauſ.*

VIII. Sed hoc quæritur, quam ſtatuatur recte. Non pauca enim ſunt, quæ videantur efficere, nihil turpe facere eum, qui det ne prodatur, eoque ſi prodatur, non iuſte ei repetitionem denegari. In quo argumenta hæc ſunt tria. Primum conſtat nihil turpe facere eum, qui vitam & ſanguinem ſuum quoquo modo ſervare voluit: & ut Cicero loquitur in oratione pro Milone, *adverſus vim & inſidias omnis eſt honeſta ratio expediendæ ſalutis*. At qui deprehenſus dedit, ne proderetur, vitam & ſalutem ſuam ſervare voluit, id metuens, ne occideretur, aut turpiter verberaretur, quanvis iniuria. Nihil igitur is turpe facere videtur, qui ad hoc periculum vitandum & vitam ſuam ſervandam aliquid dedit. Secundum argumentum eſto, quod traditur in *L.* 1. *D.* de bon. eor. qui ante ſent. *ignoſcendum eſſe ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit*. Ignoſcatur igitur & iſti in hac ſpecie, ut ſi prodatur, ſit repetitio, ne deluſus pecuniam amittat. Poſtremo ſic recte definimus, eum turpiter dare, qui dando invitat alium ad delinquendum, nec alium dicendum eſse dare turpiter. At cum dat quis deprehenſus, ne prodatur, non invitat accipientem ad aliquod delictum admittendum. Non enim turpe eſt aut contra ius aliquem non prodere. Argumento eſt ius conſtitutum, quo placet neminem agere, aut alium accuſare cogi. *C. ut nem. invit. ager. vel accuſ. cog.* Quæ diluenda ſunt. Ac primum quod dicitur omnem rationem honeſtam eſse expediendæ ſalutis, ſic intelligendum eſt, dum ne modus ipſe expediendi delictum in ſe habeat. Ut puta adverſus vim & inſidias omnis iuſta defenſio eſt, qua vim propulſes, ac de hac defenſione loquitur Cicero. At dare pecuniam ne prodaris deprehenſus in maleficio, id vero delictum in ſe habet: atque hinc dantis turpitudo: de quo mox. Quod autem dicitur ignoſcendum eſſe ei, qui quanvis adverſarium corrumpat, qualiter qualiter ſanguinem ſuum redemptum voluit: vel ipſum *ignoſcendi* verbum ſatis declarat, delinquere eum qui id faciat quantumvis faciat ſanguinis ſui redimen-

di

Digitized by Google

di cauſſa. Ignoſcere enim eſt veniam dare. Hæc datur delinquentibus: qui non deliquerunt, venia non indigent. Poſtremo quod dicitur eius demum dantis turpem eſſe cauſſam, qui dat, ut turpe aliquid admittatur, veriſſime puto dici. Quod autem aſſumitur, nihil turpe admittere eum, qui accipit, ne maleficium prodat: verum non eſt. Non eſt quidem per ſe turpe maleficium non prodere, ubi pro tua libertate id facias. At hoc turpe eſt pecuniam ea gratia accipere, ubi fidem tuam interponas, ac veluti te obliges, ne prodas. Turpitudo in eo, quod eo facto data opera utilitas publica oppugnatur. Nam cum ad eam pertinere exiſtimetur, delicta nocentium publice nota eſſe, ne ſint impunita: *L. eum qui*, 18. *D. de iniur. L. ita vulneratus*, 51. circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Aperte adverſus eam ſe comparat, qui pretio maleficii ſilentium pollicetur: proinde & qui redimit.

IX. Monendi tamen ſumus, etſi is, qui in ſurto aut adulterio deprehenſus dedit, ut ſe redimeret, condictionem datorum non habet, habere tamen eo nomine actionem, [7] *Quod metus cauſſa*; quoniam metuerit mortem aut vincula, qui quanvis non ſemper occidi poſſit, potuerit tamen iniuria. Hoc in *L. nec timorem*. 7. *D. quod met. cauſ.* Ergo, dicet aliquis, otioſum eſt adhuc denegare condictionem ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Quid enim refert, quam actionem habeat ad datum repetendum is, qui dedit, dummodo aliquam habeat. Minime vero id moneri eſt otioſum. Non enim qui deprehenſi in maleficio, dant ne prodantur, ſemper habent actionem quod metus cauſſa. Quid enim ſi deprehenſi ſint ab infirmo, aut adoleſcentulo, aut muliercula, cuius vim metuere non potuerunt? quid ſi deprehenſi evaſerint, deinde poſt, cum eſſent extra periculum præſens, dederunt ei qui deprehenderat, ne proderet? quibus caſibus cum præſens periculi metus non fuerit, certum eſt ceſſare quod metus cauſſa actionem. *L. metum*, 9. in pr. *D. quod met. cauſ.* Hic vero utile erit cum actionem quod metus cauſſa his ademerimus, ſciri etiam denegari repetitionem ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta; ut intelligamus nullam omnino his caſibus eſſe repetitionem.

X. Hæc de eo genere ob turpem cauſſam dati, in quo dantis turpitudo verſatur. Quod ſi accipientis [8] ſolius turpis cauſſa fuerit, hic ius de repetitione in contrarium vertitur. Placet enim omnimodo, id eſt etiam ſi cauſſa ſecuta ſit, datum repeti poſſe. *L.* 1. in fin. *D. de cond. ob turp. cauſ.* Ut puta; dedi tibi, ne mihi quid eriperes. Repetam a te ſine dubio, ſi eripueris; quia cauſſa ſecuta non eſt, ob quam pecunia data erat. Id enim fieret, etſi ob cauſſam non inhoneſtam tibi dediſſem, ubi tamen nulla turpitudo tibi obſtaret. Sed dicimus amplius, etſi nihil eripueris, ut convenerat, atque ita legi dictæ parueris, nihilominus fore dati repetitionem. Quod cur hoc caſu placet, merito quæritur. Primum quia eſt præter regulam communem de repetitione ob cauſſam datorum, qua traditur ob cauſſam datum cauſſa recte ſecuta repeti non poſſe. *L.* 1. *D. de cond. cauſ. dat.* Deinde quia quoties ſolius accipientis turpis cauſſa eſt, ita reperietur quiſquis ita accipit, eum cauſſam implendo ob quam pecunia data erat, non turpiter, ſed maxime honeſte facere. Et dandæ etiam hoc caſu repetitionis ratio hæc eſt, quæ rem ad communem regulam revocat, quod qui in hac ſpecie cauſſam implevit, impleſſe non videtur. Id ita interpretari cogit dolus & delictum accipientis. Alioqui & dolus ſuus proſit cum certiſſima iniuria dantis. Quod tum certo intelligetur, cum dixerimus quando huius ſolius turpitudo verſetur. Sic autem iuris & æquitatis ratio dictat, nulli malitiam ſuam debere eſſe lucroſam. *L.* 1. *D. de dol.* Item, neminem ex ſuo delicto meliorem conditionem ſuam facere poſſe. *L. non fraudantur*. §. 1. *D. de reg. iur.* Quod eam ſignificationem habet, ut nulli debeat prodeſſe, neque ad actionem quod certum eſt: *L. ſi quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl. L. dolo C. de inut. ſtip.* neque ad retentionem, ut in ſpecie propoſita. At enim qui in hoc genere conditioni paret, temperat ab iniuria & maleficio, ut mox dicemus. Hoc autem facere non eſt turpe, ſed laudandum potius. Sane quatenus temperat poſtea, hoc ipſum non eſt turpe. Sed in eo eſt iniuria, quod accipit, ut abſtineat. Eſt enim cer-

7) Ant. Fab. *ad d. L.* 7. Condictiones, ait, ſunt iuris civilis, & ob id durioribus legibus adſtringuntur. Actio quod metus cauſſa a Prætore propoſita nititur ratione æquitatis, non quia Prætor minus exoſam habeat turpitudinem, ſed quia deprehenſus turpiter fecit quidem, quod fur fuit, non tamen quod dedit pecuniam. Et improbatum morem extorquendi ibi ſpectat Prætor, non cauſſam dandi, Matth. Klok. *ad L. tranſire P.* 2. *C.* 2. *pag.* 39. Duar. *ad Tit. D. Quod met. ca.* Reſp. in *d. L.* 7. dari metu mortis, ne interficiatur, in *L.* 4. *pr. b. t.* ne cauſſa adulterii detegatur, quod ad infamiam pertinet.

8) Quod Duareno *b. t. C.* 7. eſt primum genus turpitudinis. Solius accipientis turpitudinem verti in remiſſione partis debiti facta decoctori ut reſiduum ſolvat, ideoque condictionem hanc dari quidam volunt, vid. Benvenut. Straccha. *Tr. de Decoctorib. P.* 6. *n.* 1.

certiſſimum genus Iniuriæ ac veluti concuſſionis cogere aliquem ad dandum, ut facias, quod iure illi cogaris tua ſponte & gratis præſtare. In eo etiam detegitur turpitudo accipientis, quod accipiendo ut ab iniuria temperet, declarat ſi non accepiſset, non fuiſse temperaturum.

XI. Iam quando accipientis turpitudo verſetur, dicamus: ex quo etiam, & ubi in hoc genere datorum ſit repetitio, & quam ſuperiora vera ſint de cauſſa huius repetitionis conſtituendæ; ſimul intelligetur. Et accipientis ſolius turpitudo eſt, cum turpiter aut iniuſte aliquid ſacturo datur, ne faciat: ſeu cum datur, ut a maleficio & iniuria abſtineat. Turpiter autem & contra Ius fieri quid intelligitur dupliciter: vel ſi fiat, quod iure prohibetur: vel ſi non fiat, quod ut fiat, ius exigit. Ita etiam totidem modis accidit, ut quis ſolus turpiter accepiſſe videatur, nempe duobus. Uno, ſi dem ne faciat, quod ſatis per ſe iure ipſo facere prohibebatur. Veluti, ſi dem, ne mihi iniuriam faciat, prædoni ne mihi res meas eripiat; ſi dem ne furtum, ne ſacrilegium faciat, ne hominem occidat. Quæ ſunt exempla *L. 4. §. 1. L. 2.* in princip. *D. de condict. ob turp. cauſ.* Cuiuſmodi etiam exemplum hoc eſt in *L. quod evitandi, Cod. eod.* ſi centurione aut præfecto militum exigente a milite munia tyronis contra dignitatem & prærogativam militum, miles pecuniam illi dederit, ut evitaret tyrocinium, ideſt ſi dederit, ne ille indigna milite exigeret, quod iure militari facere prohibebatur. Altero modo eadem turpitudo verſatur ſolius accipientis, ſi dem, ut faciat quod eum per ſe facere ius cogit. Hic proponamus nobis omnes eos, qui nobis iure obligati ſunt, ut aliquid præſtent, reperiemus omnes in ea cauſſa haberi, ut ſi his dederimus, ut præſtarent, ſit dati repetitio, etiam ſi præſtiterint quod debebant, & ita cauſſa dandi ſit ſecuta. Ut puta res commodata, depoſita, locata a me, vendita mihi a te aut mandata, item vi aut ſurto mihi ablata, omnes ſunt eiuſmodi, ut eas obligationis iure mihi reddere debeas. In his omnibus veteres conſtanter definierunt, si dederim tibi ut redderes, habere me dati repetitionem, quamvis reddideris. *L. 2.* illic *item ſi tibi. L. 4.* in fin. *L. ult. D. de condict. ob turp. cauſ. L. pen. L. ult. Cod. eod.* Non dubium, quin hæc ideo, quia in utraque ſpecie iudicarint ſolius accipientis turpitudinem verſari. Turpitudinis autem cauſſam in eo eſſe, quod dederim, ut faceres, quod tua ſponte facere [9] iure cogeharis. In quo ineſſe eam iniuriam in me cogendo ad dandum, quam dixi, itemque & delicti cogitationem, nisi darem, Iam facile ex iſtis definitionibus harum rerum apparet.

XII. Dixi turpitudinem illic eſſe, si quid facere cogebaris, & acceperis, ut faceres: quoniam etsi sit aliquid, quod fieri sit humanitatis, & ſi prætermittitur, non ſatis videatur ex officio honeſti ac boni viri prætermitti; ſi quis tamen iure id facere non cogatur, nulla turpitudo eſt accipere, ut id facias: quia iure permittente acceperis. Et ideo placet, ſi acceperis, & feceris id propter quod acceperas, nullam eo nomine repetitionem eſſe. Exemplo eſt is, qui mihi fugitivum aut ſurem indicavit rerum mearum. Cui ſi quid [10] dederim ob hoc indicium, ideſt ut mihi indicaret, cauſſa ſecuta repetere non poſſim. *L. 4. §. ult. D. eod. L ſolent, D. de præſcr. verb.* Atqui indicare mihi hunc ſurem, ubi mihi proſis ſine ullo incommodo tuo, & honeſtum eſt, & ex officio humanitatis, nec diſſimile illi, ſi quis erranti monſtret viam. Cur non igitur & hic intelligitur turpiter accipi, quod eo nomine accipitur? quia ſurem indicare nemo iure cogitur. Honeſte indicatur: indicanti nulla iure neceſſitas eſt, iuxta illam ſententiam iuris certi, Ut nemo invitus agere vel accuſare cogatur, *C. ut nemo invit. ag. vel acc. cog.* Adeoque turpe non eſt eo nomine quid accipere, ut ſi convenerit, ut tibi darem, ſi indicaſſes, tuque indicaveris, ultro habiturus ſis adverſus me actionem, ut tibi dem. Quanto magis pecunia data eius retentio ſutura eſt? *d. L. ſolent. de præſcr. verb.*

XIII. His cognitis, iam de repetitione ob turpem cauſſam datorum, deque iure eius repetitionis facile iudicium eſt. Si dantis turpis cauſſa eſt, non eſt quærendum de repetitione, quæ hic nulla eſt. Huic tunc ſolum locus eſt, cum accipientis ſolius turpitudo verſatur. At hic de repetitione ex ſuperioribus confectum eſt, non ſolum ut intelligatur, quæ ſit huius repetitionis cauſſa, ſed etiam quæ hic obligatio, & quid contineat. Nam cum dixerimus repetitionem hic dari, cauſſa non ſecuta; cum autem ſecuta eſt, tamen iure

9) Vid. *not. ſupra Lib. 12. C. 20. h. t. D.*

10) Indicium vocatur *d. §. ult. L. 1. de proxenet.* vid. Cuiac. 11. *Obſ.* 48. Fr. Pollet. *Lib. 4. Hiſt. fori C. 2. n. 6.* ibique in *Corolla*. Phil. Broidæ. An quis iure teneatur furem iudicare, vid. Goth. *in not. d. L. 4. §. ult.* Negat iure Civili, ſed iure Canonico aff. Io. Koppen. *Q. 8. n. 4.*

fieri, ut pro non ſecuta habeatur: apparet repetitionem huius partis ad regulam communem ob cauſſam datorum pertinere, qua efficitur ob cauſſam datum cauſſa non ſecuta repeti poſſe: proinde & in hac parte eandem obligationem, & eandem obligationis originem intelligi debere.

XIV. De turpitudine ſolum dantis, item de turpitudine ſolius accipientis huc uſque diximus, & ad hos ſolos diſtinctionem de condictione ob turpem cauſſam datorum omnem initio retulimus. Nihil addimus de ea ſpecie, in qua utriuſque turpitudo ſimul verſatur, dantis & accipientis, quia ſuperioribus cognitis, ſupervacuum eſt & inutile, duabus de cauſſis. Primum quia ſi dantis turpitudo verſatur, quod quando accidat, ſatis ſupra diximus, ſimul etiam evenit, ut verſetur turpitudo accipientis. Etenim ſi is turpiter facit, qui dat, ut maleficium fiat: multo facit turpius, qui accipit, ut idipſum perpetret. Neque hic excipimus quod meretrici datur ob fornicationem, ut quidam veterum fecerunt, quorum ſententia refertur in *L. 4. §. ſed quod meretrici, D. de cond. ob turp. cauſ.* Quod enim dicunt, meretricem turpiter facere, quod ſit meretrix: non turpiter accipere, cum ſit meretrix: vereor, ut hoc poſterius poſſit illis concedi. Cur enim turpiter facit meretrix, quod ſit meretrix? nempe quia pudicitiam fœde proſtituit. Quid autem facit, cum libidinis cauſſa accipit? Nempe & pudicitiam proſtituit & ſimul ex ea turpitudine quæſtum facit: ut iam in eo duplex turpitudo verſetur, & [11] proſtitutio ſui, & ſordes. Sed & illud conſtat, quod ſupra diximus, omne factum turpe eſſe, quo quis ad delinquendum invitatur. *L. illud, D. de pact. dot.* Et quid agit libidinis merces in meretrice, niſi ut ſe danti proſtituat? ſine qua ſe non tam turpiter gereret. Invitatur igitur hoc turpi lucro, ut ſe proſtituat. Ergo ut delinquat vel ſuperiorum ſententia, quando meretricem fatentur turpiter facere, quod ſe proſtituat. Quod ſi ita eſt; etiam turpiter id lucrum accipitur, quo ipſa ad ſe proſtituendum invitatur. Altera cauſſa eſt, cur poſita turpitudine dantis, non ſit laborandum, an ſimul turpis, quia ad condictionem ex eo æſtimandam, de quo nunc quæritur, eſt plane inutile. Sive enim accipientis turpitudo acceſſerit, non eo minus denegabitur danti repetitio, ut ſupra oſtendimus; ſive fingamus ſolius dantis turpitudinem verſari, tamen idem ius futurum eſt: & quidem multo magis, ubi ſcilicet non ſit, quod accipienti obiiciatur.

CAP.

11) In quo Donellum laudat Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. & Marq. Freher 2. *Parer.* 14. ſcribit plane ſeponam eſſe Iuriſconſulti in *d.* §. 4 rationem. Nullius enim rei turpis, ut Tertull. *de Habitu mulier.* merces eſt decora. Sed recte IC. Loquitur enim non de honeſta antea muliere, quæ datione nunc corrumpitur, ſeu cuius pudicitia pretio attentatur & expugnatur, ſed de proſtituta, infeliciſſima, ut vocat Tertullianus, victima publicarum libidinum, ubi utilitas & indignitas perſonæ facit ut acceptio nullam ei maculam adſpergere videatur, Duar. *h. t. C.* 4. Quæ non accipit turpiter, non ſimpliciter, ſed per ſuppoſitionem, ut Zaſ. ad *d. L.* 4. §. 3. *n.* 4. *&* 8. Depoſito enim pudore omnia licent. Et quæ ſemel verecundiæ fines &c. add. Guttier. qui fuſe hac de re *Lib.* 2. *Canon. QQ.* C. 10. Quid quod DD. volunt impudicitiam profeſſam, cuivis ſui poteſtatem ut exhibeat, teneri, arg. *L.* 25. §. 15. *de iniur.* quos iuſte notant Covar. 3. *Var. Reſol.* 14. *n.* 2. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 36. *&* 3. *Conject. ad Viv.* 5. Sane nondum præſtitam mercedem, ob libidinis expletionem promiſſam, exigi non poſſe volunt Zaſ *in d.* §. 4. *n.* 9. Duar. *h. t. C.* 4. Connan 5. *Comm.* 11. *n.* 2. Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 9. Nicl *Diſp. fen.* 4. *Th.* 5. *lit. A.* tum per *L.* 8. *h. t.* tum quia ſæpe licite retinentur, quæ honeſte non petuntur *L.* 1 §. 5. *de extr. co.* tum quia fruſtra quæreretur an datum repetatur, ſi non datum poſtulari poſſet. Diſſ DD. vulgo Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* § 2. *n.* 1. *&* 2. iuſtitiæ non minus convenire ſentiens ut iſthæc merces promiſſa exſolvatur, in promiſſione turpitudinem eſſe, non in ſolutione, poſt expletam libidinem, & Vaſq 1. *Ill. Contr.* 48. *n.* 5. *&* 6. Gutier. *d. C.* 10. *n.* 8. *&* *ſeq.* Sed mittamus iſta.

C A P. XXVI.

De repetitione rerum donatarum: Quam hæc ad hunc locum: Quæ in univerſum donationes revocationi obnoxiæ ſint, & quam variis ex cauſſis. Tum quo cuiuſque revocatio ſit referenda.

Tranſitio. I.
Donationes, earumque revocationem ad hunc locum pertinere. II. & ſeqq.
Donationum duo ſumma genera, & quæ. Prioris generis altera diviſio explicatur. III.
Propoſitum auctoris, & methodus. IV.
Cauſſarum ſimplicis donationis revocandæ genera duo, & quæ. Tres prioris generis ſpecies, & quæ illæ. V.
Cauſſæ revocationis in utroque genere diſſimiles; ut & ipſum ius revocationis. VI.
Tres prioris generis ſpecies extraneas eſſe ab hoc loco, inductione ſingularum oſtenditur. VII.

I. DAtorum ob cauſſam futuram genus expoſitum eſt illud, cum quid nominatim & principaliter ob cauſſam datur, cuius ſcilicet dandi finis datione expreſſus hic eſt, ut aliquid ſequatur. Eſt, ut propoſui, in his etiam illud alterum, cum principaliter quid datur ſimpliciter, & ob aliud quidvis, quam ob cauſſam, ut aliquid ſequatur: per conſequentiam tamen ex parte etiam ob cauſſam dari intelligitur, qua non ſecuta ſit dati repetitio.

II. In hoc genere ſunt donationes, [1] earumque revocatio ex certis & iure proditis cauſſis conſtituta. Quam ex eo eſſe putamus, quod etſi donandi præcipuus finis eſt, ut bene ſit donatario, noſtrumque animum erga eum propenſum hoc modo declaremus (eſt enim donare liberalitatis & beneficii, cum quid nullo iure cogente confertur in aliquem gratis, non quo quidquam ab eo viciſſim accipiatur, ut fit in permutatione. *L. donari, D. de reg. iur. L.* 1. *D. de don. L.* 2. *L. interdictum, D. de prec.*) Etſi inquam, principaliter hoc agitur in donatione: tamen tacite hæc mens accedit, ut ſic donatum accipiatur, ne quid ſequatur eorum, quibus ſubſecutis ius concedit donationem revocare. Ob cauſſam igitur ex parte donatum, cum ob cauſſam dari intelligatur, non ſolum quod datur, ut aliquid fiat, ſequatur, ſed etiam ne fiat, ne ſequatur: veluti, cum fundum tibi do ea lege, ne eum alienes. *L.* 3. *C. de cond. ob cauſ. dat.* Quo fit, ut in his donationibus nulla ſit condictio, ac proinde nulla obligatio ad datum repetendum; aut ſi eſt, ut eſt, debuerit omnino ad hunc locum referri. Sed de genere obligationis, eiuſque cauſſis poſtea ſuo ordine dicetur. Ante revocatio donati ex ſuis cauſſis conſtituenda eſt, ſic deinde de revocationis conditione quærendum.

III. Et donati repetitio ita eſt, ut eſt donationis genus. Donationum quæ quidem communi hoc nomine appellentur, quæ eædem eam repetitionem admittant, de qua quærimus (nam & legatum eſt donatio: ſed quæ in propriam ſpeciem & nomen tranſit, neque aut quidquid eſt ultimarum voluntatum, ad hunc locum pertinet) donationum, inquam, quæ inter donantem & donatarium conficiuntur, duo ſunt genera nota: non mortis cauſſa, quæ & inter vivos dicuntur: & mortis cauſſa, *Inſt. de donat.* in pr. & §. *aliæ*. Inter vivos & nec mortis cauſſa fieri dicuntur, quæ fiunt, nulla iniecta mortis mentione, cur fiant: ut per contrarium ex mortis cauſſa donatione intelligetur poſtea planius. Quod ita donatur, aut donatur, [2] cauſſa nominatim adiecta, ut aliquid fiat; aut donatur ſimpliciter. In quibus donationibus quid donatur ob cauſſam, puta cum aliquid donamus ea lege, ut donatarius

1) Statuit noſter & hanc eſſe ex contractu, ut apertius *infra C.* 31. Cui non aſſentior. Eſt ea ex obligatione naturali ad remunerandum eo modo quo notavi *ſupra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15.

2) Gœd. ad *L.* 18. *de V. S. n.* 10. Donum, ait, aliud proprie & abſolute, quod nullo alio intuitu quam ex mera liberalitate profectum; aliud modo quodam factum, quod Munus vocatur, datum reſpectu alicuius rei vel cauſſæ, quod non meram habet liberalitatem, ſed conditionem ac modum ſecum trahit. Ut mortis cauſſa, propter nuptias nuptalitium, natalitium &c. De doni & muneris ſignificationibus belle Connan. 5. *Comm.* 9. *n.* 2. Hot. *Diſp. ſcu. C.* 17. Donatio alia ſimplex *L. pe.* §. 1. v. *ſed ſimplicem C. de collat. L.* 20. §. 3. *Fam. erc.* propria *L.* 1. *pr. de don.* vera & abſoluta *L.* 35. §. 2. *de mor. ca. don.* directa *L.* 25. *C. de don.* communis *L.* 24. *C. d. t.* alia negotialis, relata, quæ ad cauſſam aliquam reſpectum habet, & impropria *d. L.* 35. §. 2. Sub cauſſa, ob cauſſam, non mera *L.* 27. *L.* 19. *prinit. de don.* 1. *C. de don. ſub mon.* Et hæc alia mortis cauſſa, alia non mortis cauſſa.

Digitized by Google

tarius nobis certa alimenta præſtet: fundum ea lege, ne alienet: donamus partem bonorum, ut creditoribus ſatisfaciat. Qualia exempla proponuntur in *L. 1. C. de donat. quæ ſub mod. L. 2. L. 3. C. de cond. ob cauſ. dat.* in his donationis verbo abutimur, cum non ſit donatio meræ liberalitatis: magisque totum hoc genus donationum ad ſuperius illud ob cauſſam datorum referendum eſt. Certe repetitionem atque obligationem cum eo genere communem habet. Nam quæ ita donata ſunt, cauſâ non ſecuta repetuntur, & in eam repetitionem eadem condictio eſt, quæ & cæteris rebus ob cauſſam datis. *d. L. 2. L. 3. C. de cond ob cauſ.* Illa vere & proprie donatio eſt, cum quid donatur inter vivos ſimpliciter, nulla ſcilicet nominatim adiecta cauſſa, ut aliquid ſequatur. Sed tamen & hic certis de cauſſis donati repetitio eſt ei qui donavit, ab eo qui accepit, tantum hoc nomine quod acceperit iſta quaſi tacita lege, ne quid ſequatur contra quam iure cautum eſt, ut poſteà dicetur: quæ ſane repetitio eſt huius loci, & obligationis eius, quam tractamus.

IV. Sane & ab aliis quam a donatore revocari interdum donationes poſſunt, ſed nihil ea revocatio ad hunc locum. De quo tamen ut poſſit certius ſtatui ſemel hoc loco & breviter revocandæ donationis cauſſas proponam. Ex quo de hac revocatione in univerſum quærentibus non ſolum quænam ſint eæ cauſſæ: ſed etiam quo quæque revocationis ſpecies referenda ſit, & unde petenda, intelligatur.

V. Revocandæ ſimplicis donationis quæ iure ab initio conſtiterit, cauſſæ genera duo ſunt. Aut enim fit donatio in fraudem aliorum, quos ius donatione fraudari non patitur; aut ab initio recte facta eventu revocatur. Illic vitium donationis: hic cauſa extrinſecus interveniens revocationi cauſſam præbet. Quæ in fraudem factæ donationes revocationi ſubiectæ ſunt: earum tres ſunt ſpecies, quot ſunt videlicet perſonæ eorum, quibus ius adverſus hanc fraudem conſultum voluit. Alienatio eorum, quæ a liberto alienantur in fraudem patroni; tum eorum quæ a debitore in fraudem creditorum; item Inofficioſa donatio. Nam & hæc in fraudem eſt eorum, qui de inofficioſo teſtamento queri poſſunt, utpote comparata ad hanc ipſam querelam eludendam, & intervertendam. *L. 1. L. pen. C. de inoff. donat.* Cum ſcilicet donatio immodica ſupra ſcriptis perſonis contra officium pietatis non relinquit portionem iure naturæ his debitam, olim quartam eius quod ab inteſtato habituri eſſent, nunc trientem, aut ſi plures ſint liberi, quam quatuor, ſemiſſem. De quibus dicetur alias inter iudicia, coniunctim cum querela inofficioſi teſtamenti. Cæteræ donationes ſunt eæ, quas initio recte factas eventu revocari dicimus.

VI. Cum duo hæc genera ex certis cauſſis revocari poſſint; habent tamen ea ad revocationem donati cauſſas longe diſſimiles. Sed & inter revocationes ipſas, ſeu inter revocandi ius utrique generi tributum tantum intereſt, ut prope ſit contrarium. Nam quæ in fraudem factæ ſunt donationes, ita valent, ut adverſus donatorem ipſum ratæ ſint, nec poſſint ab eo revocari. Voluit enim ſemel eas valere, & cum dominus eſſet rerum donatarum, ius habuit transferendi. *§. per traditionem, Inſt. de rer. diviſ.* Nec iuvat eum, quod dolo tranſtulit. Non enim poteſt ei dolus ſuus prodeſſe ad repetitionem. *L. 4. C. de revoc. donat. arg. in L. 1. D. de dol. L. tranſactione finita, C. de tranſ.* Solis iis revocatio data eſt, quorum in fraudem facta eſt donatio, patrono, creditoribus, iis qui de inofficioſo queri poterant donatione fraudatis. Quippe his ſolis conſulitur, quorum ex gratia ſolum donatio legibus improbatur. Quo fit, ut hic ab aliis, quam a donatore infirmetur donatio, & infirmetur adverſus donatoris voluntatem. Utrumque contra in altero genere earum donationum, quæ ab initio ſine vitio factæ ſunt. Nam in his ſolus donator repetit donatum, ab eo qui accepit, & ita repetit, ut intelligi poſſit ex iis cauſſis revocationis quæ ſequentur, repetitionem eſſe ſecundum voluntatem donantis.

VII. Hæc inquam, cauſſa eſt, cur prioris generis revocatio non pertineat ad eam obligationem, de qua quærimus. Nam extranei iſti, quorum in fraudem donatio facta eſt, aut genere quodam vindicationis utuntur, propoſita prius querela ſua, ut fit adverſus donationem inofficioſam, quæ ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelæ inducta eſt. *L. ſi totas*, in fin. *L. ult. C. de inoff. donat.* Non eſt autem in rem actio ex obligatione, nedum ex contractu, *§. 1. Inſt. de act.* Aut ſi his prodita eſt actio in perſonam ad revocandum, ut eſt in iis quæ in fraudem patroni alienata ſunt, & quæ in fraudem creditorum, illic Faviana, hic Pauliana, de quibus alias. *L. videamus*, 38. *§. in Faviana, D. de uſur.* Tamen conſtat eos nihil negotii geſſiſſe cum eo, qui in frau-

fraudem donatum accepit: ut non poſſit ne hæc quidem eorum actio eſſe ex contractu. Sed & cum in eo genere obligationis, quod re contrahitur, de quo agimus, conſtituamus obligationem & repetitionem ipſi danti, ſit autem ſuperior iſta revocatio conſtituta non danti ullo modo, ſed aliis quibuslibet, & quidem dante invito; perſpicuum eſt iſtas revocationes, cum de earum cauſſis & origine agitur, ad alia genera debere referri. Et res ita habet. Inofficioſæ donationes cum querela inofficioſi teſtamenti coniungendæ ſunt, ut Titulos coniunctos videmus in *Codice*, ubi & Titulus proprius, *de inofficioſis donationibus*. Harum enim querela introducta eſt legibus per omnia ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. *L. ult. C. eod.* propoſita iiſdem, quibus illa; & propoſita ob eandem cauſſam, ut ſibi portionem iure naturæ debitam conſequi liceat, quam immodica & inofficioſa donatio ita ademerat, ut ſimul eluderet & interverteret querelam inofficioſi teſtamenti, atque ita excluderet querelam omnem, niſi ſuccurreretur. *L. 1. L. 2. L. ſi totas. L. pen. C. eod.* Revocatio autem eorum, quæ in fraudem patroni, aut creditorum alienata ſunt, ſi quidem de cauſſa & origine revocationis quæritur; quoniam adverſus ea ſolum conſtituta eſt, quæ alienata ſunt dolo malo, magis pertinet ad eas obligationes, quæ ex maleficio naſcuntur. Nam ut ex contractu non eſt ſine dubio, ut ante oſtendi; ſic nec dici poteſt eſſe ex quaſi contractu; cum iis detur, qui cum eo qui donatum accepit, aut in rem eius nihil geſſerunt, & detur in eum, qui multo minus quid geſſit eorum nomine, aut quod ad eos pertineret. Sibi enim donatum accepit, & accepit ab eo, qui dominus cum eſſet, ius transferendi habuit. Sane ſi de iure patroni alicubi in univerſum quæratur, aut in univerſum de iure creditorum in diſcutiendis condemnati aut latitantis debitoris bonis: huc pertineat etiam & de iſtarum alienationum revocatione agere: quoniam hæc revocatio iſtius iuris pars eſt. Quod & ſecuti ſunt in Pandectis compoſitores. Hinc de iis quæ in fraudem patroni alienata ſunt, proprius Titulus, *Si quid in fraudem patroni.* in eo argumento, in quo de univerſo iure patroni agebatur. Et de iis quæ alienata ſunt in fraudem creditorum item Titulus proprius. Quæ in fraudem creditorum in argumento ad ius creditorum exſequendum pertinente.

CAP.

C A P. XXVII.

Donationis a donatore revocandæ duas ſummas cauſſas eſſe, ingratitudinem donatarii; & ſuſceptos poſtea a donatore liberos. Ingratitudinis ad eam rem quæ iuſtæ cauſſæ.

Continuatio, atque ordo. Revocationis donationum cauſſæ duæ ſummæ, & quæ. I.
Tractationis huius occaſio, methodus, & partitio. II.
Ingratitudinis cauſſæ donationi revocandæ habiles, communes, aut propriæ. III.
Communes quinque. Eæ aut ſunt in faciendo, aut in omittendo. In faciendo quatuor; in omittendo quinta & poſtrema. IV.
Quæ in faciendo quid ſint. Facta hæc a Iuſtiniano comprehenſa, aut donatoris famam, aut corpus, aut bona, aut vitam invadunt. V.
Famam *atroces iniuriæ; & quæ illæ.* VI.
Corpus *violenta manus illata, & qualis.* VII.
Bona *patrimonii ſui non levis iactura. A donatario quot modis hæc inferatur. Et quæ iactura non levis.* VIII. IX. X.
Vitam *periculum ei illatum a donatario.* XI.
Quinta in omittendo qualis. Quid in hac dignum animadverſione. XII. XIII.
Contrariis occurritur. XIV.
Donationis revocandæ ius in hac cauſſa diverſum; & quæ huius a reliquis differentia. XV.
Donationes omnes poſſe revocari ex cauſſis a Iuſtiniano præſcriptis. XVI.
Contraria refelluntur. XVII. XVIII.
Ex illis quinque, & non aliis. XIX.
Non ex denegatione alimentorum facta inopi donatori omnium bonorum, aut partis eorum maximæ; & quare. XX.
Contraria Baldi, Cyni, Saliceti momenta refutantur. XXI. XXII. XXIII.
Propriæ patroni & parentum revocandæ donationis cauſſæ adverſus libertos & liberos quæ, & eæ quatenus tales. XXIV.

I. Ergo ſuperiore revocatione tota donationum ab hoc loco remota, ea ſola revocatio donati relinquitur, de qua hoc loco tanquam ſola huius loci propria, quæratur qua repetit donatum qui donavit; obligatione inter dantem & accipientem re ita conſtituta, ut qui accepit ideo obligetur ad reddendum, quia acceperit. Quod erat poſterius genus, de quo agere nos diximus. Eſt autem id, in quo donatione ab initio ſine vitio conſtituta, cauſſa poſtea iuſta incidens repetitionem parit donatori. Revocandarum huiuſmodi donationum cauſſæ duæ ſummæ; ingratitudo donatarii, & liberi a donatore poſtea ſuſcepti. De donatione ob ingratitudinem revocanda quid ſervari oporteat, magna ex parte comprehenſum eſt conſtitutione Iuſtiniani. *L. ult. C. de revoc. donat.* Neque tamen omnia.

II. Sed & ipſa conſtitutio ut & aliæ nonnullæ eodem pertinentes non ſatis dilucide ſcriptæ multa hic reliquerunt, quæ neceſſario quærantur Quapropter locus poſtulat, ut de re tota paulo diligentius cognoſcamus. In quo ut res certius liqueat, hæc nobis quinque ſpectanda ſunt. Primum quæ ſint iuſtæ cauſſæ ingratitudinis iure receptæ, propter quas donatum revocare liceat. Alterum, an ex his cauſſis cum ſemel una aliqua intervenerit, donatio infirmetur ipſo iure, an vero non niſi ex pœnitentia & repetitione donantis revocetur. Tertium, quæ ſint perſonæ, quibus hæc revocatio iure tribuatur, & adverſus quas. Quartum, an ſemper, id eſt etiam conſumptis aut alienatis donatis rebus. Poſtremum, quæ ſit, & cuius generis hæc repetitio, utrum actio in rem, an in perſonam, ſeu condictio; & ſi condictio eſt, quando non poteſt naſci niſi ex obligatione, cuius generis ſit hæc obligatio, & unde naſcatur.

III. Cauſſæ ingratitudinis ad revocandam donationem idoneæ quædam ſunt communes omnium donatariorum, quædam propriæ. Communes voco, quæ valent ad revocationem adverſus omnes: proprias, quæ adverſus certas tantum perſonas.

IV. Communes ſunt quinque, eædem illæ, quæ comprehenſæ ſunt ſuperiore conſtitutione Iuſtiniani. *L. ult. C. de revoc. donat.* Quarum genera duo obſer-

van-

vanda ſunt. Nam ex iis quædam ſunt in faciendo, quædam in non faciendo, ſeu in omittendo. In faciendo prioris quatuor ea lege enumeratæ; in omittendo quinta eademque poſtrema.

V. Quæ in faciendo ſunt, eæ ſunt facta donatarii inſtructa de induſtria ad nocendum donatori. Et quidem huius generis facta omnia ingratitudinem certam in ſe habent. Nam ſi ingratus eſt is, qui non agnoſcit beneficium acceptum, ubi, quando, & quomodo poteſt; multo magis is, qui pro beneficio dedit iniuriam, quocumque genere meditatæ iniuriæ id faciat. Sed non omnia facta eiuſmodi idonea ad donationem revocandam. Certa tantum ex eo genere recepta ſunt ſuperiore conſtitutione, quæ tribuant repetitionem. Quæ ut facilius notari poſſint, animadvertendum eſt ita hæc eſſe diſtincta, ut primum petat famam donatoris; ſecundum, corpus; tertium, bona; quartum, vitam. Eaque ita circumſcripta.

VI. Adverſus famam donatoris exigit conſtitutio [1] atroces iniurias in donatorem effuſas. Proinde ſi qua iniuria, contumeliave affectus erit donator a donatario, quæ atrox iniuria non erit, ea non dabit repetitionem donati. Eſt autem atrox iniuria, adverſus parentem quidem, patronum, magiſtratum quævis contumelia. Adverſus alios autem ſi in verbis & convicio iniuria eſt, atrocem iniuriam locus facit; veluti ſi in foro, in theatro, pro tribunali donatarius conviciatus ſit donatori. Hæc ex §. *atrox*, *Inſt. de iniuriis*.

VII. Adverſus corpus donatoris hoc factum tribuit repetitionem donati ex conſtitutione, ſi donatarius ei manus impias attulerit. Impias, ideſt violentas, quas [2] ille attulerit, non ut ſublevaret donatorem, aut cum eo iocaretur, ſed ut vim inferret contra pietatem bene merito debitam. Quod fit verberando, cædendo, vulnerando. Exigit conſtitutio, ut manus adferantur. Proinde ſi donatarius minitatus ſit tantum donatori, ſi etiam pugnum ſuſtulerit, & oſtentarit quaſi verberaturus, neque fecerit; etſi hæc per ſe iniuria eſt, tamen ad hanc ſpeciem non pertinebit, atque adeo in totum propter hæc facta revocari non poterit donatio. Niſi proponas hæc admiſſa eſſe adverſus parentem, patronum, magiſtratum, quorum perſona atrocem iniuriam facit. Ex quo incipit res ad ſuperiorem ſpeciem pertinere.

VIII. Adverſus bona exigit conſtitutio, ut donatarius iacturæ molem ex inſidiis ſuis ingerat, quæ non levem ſenſum ſubſtantiæ donatoris imponat, ideſt cumulum & magnitudinem iacturæ, ex qua non levem amiſſionem ſubſtantiæ & patrimonii donator ſentiat. Et in ſumma exigit his verbis conſtitutio duo; ut donatarius ingerat donatori iacturam patrimonii, & eam non levem. Primum ut ingerat, ideſt, inferat, ut ſcilicet iactura & damnum re ipſa ſequatur. Quocirca ſi donatarius conatus ſit evertere donatorem bonis, nec perfecerit conatus, repetitionem non dabit ex his verbis: veluti, ſi donatarius [3] accuſaverit donatorem publico iudicio, ex quo condemnato bona omnia, aut pars bonorum publicantur, ut eſt natura horum iudiciorum expoſita *Inſtit. de publ. iudic.* & aut donator ſit abſolutus, aut donatarius ab accuſatione deſtiterit.

IX. Quæremus igitur, quomodo accidat, ut donatarius hanc iacturam patrimonii donatori inferat. Nam ſi rapit bona, non videtur ulla hinc iactura eſſe donatori, ſed potius lucrum; cum donatarius quadruplum reſtituere debeat actione vi bonorum raptorum. *L. 1. L. 2. D. vi bonor. raptor.* Idem eſt, ſi ſurripuit. Tenetur enim & hic furti quidem ad pœnam dupli aut quadrupli, condictione autem furtiva ad rem reſtituendam. §. *pœna*, §. *ult. inſtit. de oblig. quæ ex del. naſc.* Sed etſi cum bona donatoris in nave eſſent, dolo malo perforata nave fecerit donatarius ut ea periret, tenetur hic quoque lege Aquilia, ut damnum ſarciat. §. *capite*, *Inſtit. de leg. Aquil.* Qua ex re fit, ut ne hic quidem videatur iacturam pati donator. Neque vero ſtatim facile occurrit, quibus aliis modis donatori cauſſa eſſe poſſit bonorum amittendorum. Quomodo igitur fiet, inquam, ut hæc iactura, quam

quæ-

1) Convicium acerbum vid. Mozz. *de Don. col. ult. n.* 22. *& ſeqq.* ubi *n.* 24. idem ſtatuit, etſi verum convicium obiecerit, quia lex indiſtincte loquitur, tantum conſiderans animum ingratum. & Covar. 1. *Var. Reſol.* 19. *n.* 8. Quid ſi attentaverit pudicitiam uxoris filiæve, vel illis vitium intulerit? Mozz. *d. lo. n.* 25. *& ſeqq.* poſteriore hoc caſu admittit repetitionem, priori negat, ſi blandis verbis attentaverit, per *leg.* 15. §. 10. *de iniur.*

2) Itemque ſi per alium intulit, de quo & aliis huc ſpectantibus Mozz. *de Donat. col. ult. n.* 33. *& ſeqq.*

3) At DD. volunt privandum donatione, ſive ficti ſive veri criminis reum detulerit. Certe ſi eo caſu quo condemnatus reus, locus eſt revocationi; multo magis quo is abſolutus, ubi calumniatus eſt accuſator, & includitur hæc accuſatio in prima cauſſa. Unde nec DD. fere quidquam dubitant ſi crimen confictum, ſed omnis illis quæſtio de vero crimine. In quo Covar. 1. *Var. Reſol.* 11. *n.* 8. ita diſtinguit: Aut ſuam ſuorumve iniuriam proſequutus eſt, nec cadit rebus donatis arg. *L. filio* 31. §. *ueta* 3. *de adim. leg.* Aut ſecus, & ingratus cenſetur quoties iure non cogitur deferre per *L.* 1. *de his quæ ut indig.* niſi ſumme interſit reipublicæ ne ſcelus illud abeat impune. Quid ſi cauſſam capitalem adverſarii ſui donatoris egerit, foverit, teſtimonium dixerit, iudicaverit, vid. Mozz. *de Donat. Cap. ult. n.* 30. *&* 2. *ſeqq.*

quærimus, donatori inferatur? Dicendum eſt contingere & ſuperioribus factis, & aliis pleriſque. Nam & rapina, & furto, & damno dato auferuntur, minuunturque res donatoris. Nec ad rem pertinet, quod poſtea res cogitur reſtituere donatarius, & iacturam ſarcire. Nam vel hoc ipſo ſatis declaratur damnum & iacturam fuiſſe, quod eam præſtaret & ſarcire cogitur. Neque enim ſarciret præſtaretve eam, quæ non eſt. Ita eveniet ex ſuperioribus maleficiis, ut donatarius eodem tempore pariter & teneatur eorum delictorum pœnis, & ob iniuriam donatori illatam patiatur meritam revocationem donationis. Sed tamen ut donatarius propter illatam iacturam non teneatur donatori: non eo minus & aliis modis accidere poteſt, ut hanc ipſam iacturam ingerat. Finge donatarium dolo malo indicaſſe donatorem prædonibus, vel hoſtibus prætereuntibus. Ab his captum donatorem coactum eſſe ſe redimere cum magna iactura patrimonii. Hæc vere iactura inſidiis donatoris ingeſta eſt, ut loquitur conſtitutio. Et vere eſt iactura, cuius nomine non tenetur donatarius, ut qui neque mandaverit, ut iſti quidquam auferrent, neque auferentibus opem tulerit. Idem dicemus ſi donatarius donatorem accuſarit capitis, & donator ſit condemnatus. Nam hac damnatione damnati bona publicantur. *L. 1. D. de bon. damnator.* idque ita contingit, ut donatarius qui iure publico in ea re uſus eſt nullam pœnam ad ſarciendam eam iacturam metuat. *L. Gracchus, C. de adult.*

X. Exigit præterea hac parte conſtitutio, ut illata ſit iactura patrimonii non levis. Non levem vocat magnam, *[illegible]* auctoribus uſitata, cum minus negando contrarium intelligimus. Ut cum dicimus aliquem non leviter offenſum, pro offenſum graviter. Non parum delectatum re aliqua, pro vehementer delectatum; intermiſſiones non parum obeſſe ſtudiis, ideſt multum obeſſe, & alia innumera. Quale illud in *L. 8. D. qui ſatiſd. cog.* non quælibet iniuria eſt duci eum in ius, qui ſatis idoneum fideiuſſorem det: non quælibet, ideſt non infima & levis, ergo magna & ſingularis iniuria. Hinc igitur rurſum quæritur, quæ ſit magna iactura patrimonii, quæ iſti revocationi donationis locum faciat. Et recte feciſſet Tribonianus, ſi hoc explicaſſet. Plus quam enim ambiguum verbum eſt magna iactura, cum magnitudinis iſtius modus varie æſtimetur, prout eſt conditio atque affectus cuiuſque domini, qui iacturam paſſus eſt. Nam aliis partis ſextæ bonorum amiſſio, magna eſt iactura: quibuſdam tertiæ; quibuſdam dimidiæ, & ita deinceps, ut quiſque erga pecuniam & divitias animo eſt affectus. Et omnino hic evenit, quod in boni appellatione Ulpianus ſcribit in *L. ubi, 75.* in pr. *D. de verbor. obligat.* Qui ſtipulatur, inquit, boni tritici Africi modios centum: vini Campani boni amphoras centum, incertum videtur ſtipulari; quia bono melius inveniri poteſt. Quo fit, ut boni appellatio non ſit certæ rei ſignificativa. Quæ omnia de appellatione magni licet dicere. Nam & magno maius invenitur: & hoc ipſo maiore maius, ac præſertim in damnis. Sed quoniam factum non eſt, quod requirimus, relinquitur, ut quantum poteſt ex aliis locis nobis explicetur. In quo ut in perplexa ſignificatione venia dabitur neceſſitati, ſi probabili tantum coniectura utemur. Ego puto recte dici omnem amiſſionem bonorum, quæ publicis iudiciis irrogatur damnato, ſatis magnam iacturam videri debere: quia magno & gravi crimini non niſi magna & gravis pœna conveniat. Scimus autem interdum publicari omnia bona damnati, ut in capitalibus iudiciis, *L. 1. D. de bon. damnat.* alias dimidiam partem; alias ut minimum tertiam: quæ utraque pœna recepta eſt pro qualitate criminis in publicis iudiciis non capitalibus, ut declaratur *Inſt. de pub. iud.* Sic fit, ut in hoc genere non male dici poſſit, 4 tertiæ partis bonorum amiſſionem magnam iacturam eſſe, maiorem dimidiæ partis, maximam bonorum omnium: ſic tamen ut illud ſemper maneat, etiam tertiæ partis magnam eſſe iacturam. Neque enim hanc appellationem mutat, quod aliæ ſunt maiores. Immo contra qui alias maiores eſſe dicit, hoc ipſo hanc per ſe magnam eſſe confirmat: cum comparativus gradus ſemper poſitivum, cum quo comparetur, prius ſtatuat. Ut cum dicimus vinum aliud alio eſſe melius, hoc ipſo utrumque dicimus eſſe bonum, ſed alterum melius. *d. L. ubi autem, 75. D. de verb. obl.* Secundum quæ recte in propoſito dicturi videmur, ſi vel tertiæ partis bonorum iacturam ingeſſerit donatarius, iacturam ad pœnam huius partis pertinere, at non ſi minori ex parte.

XI. Adverſus vitam donatoris hoc factum

4) Alii requirunt damnum excedens dimidiam partem bonorum, arg. *L. 2. C. de reſc. vend.* quæ male huc applicatur, alii ſextæ partis bonorum, alii idque ceu videtur, tutiſſime iudicis definitioni relinquunt, vid. Moz. *d. col. ult. n. 51.* Illius enim eſt ſtatuere quæ cauſſa magna, modica, exigua, vid. Menoch. *Arb. Caſ. 72.* Tiraq. *in leg. 8. Cod. hoc tit.* verſ. *omnia bona vel partem aliquam n. 28. & ſeqq.*

ctum ſufficit ex conſtitutione ad revocandam donationem, ſi donatarius periculum vitæ intulerit, ideſt ſi vitæ eius inſidias poſuerit. Quanvis igitur cum inſidiatus vellet occidere, non potuerit; nihilominus conatus ad hanc revocationem pertinebit.

XII. Hæc ergo facta ſunt, hæ cauſſæ ingratitudinis in faciendo poſitæ, quæ tribuunt donationis revocationem. Eſt, ut dixi, quinta etiam cauſſa, comprehenſa eadem conſtitutione, ſed poſita in non faciendo. Ea eſt, ſi donator pactiones aliquas impoſuerit donationis, quas donatarius [5] implere noluerit: ideſt, ſi donator donaverit qnid certa lege & conditione, ut donatarius quid fecerit; qua lege & ille acceperit facturum ſe promittens, & cum poſſet, non fecerit, quod convenerat.

XIII. Exigit ergo conſtitutio in rebus promiſſis a donatario non neglectum tantum & contemptnm donatarii: ſed etiam conventionem in donando interpoſitam, ut id fieret quod ab illo omiſſum neglectumve eſt; quod diligenter notandum eſt, valetque in primis ad cauſſas ingratitudinis eas, ex quibus donatio revocetur, recte diſtingendas ab iis, ex quibus non licet revocare. Multa enim ſunt, quibus neglectis & contemptis certa ingratitudo donatarii arguatur, etiam nulla conventione ab initio interpoſita, ut præſtarentur: veluti, ſi donatorem ſalutantem per contemptum non reſalutavit; ſi egenti homo locuples non ſubminiſtravit alimenta; ſi petenti aliquid operæ, quam donatarius facile & ſine incommodo ſuo poſſet præſtare, ſuperbe recuſavit: quæ haud dubie ingrati animi ſigna ſunt omnia. Sed obſervemus nihil horum tribuere ex ſuperiore conſtitutione donationis revocationem. Nam primum cum hæc in non faciendo ſint, non pertinent ad priores illas quatuor cauſſas, quæ ſunt in faciendo, & factum ad lædendum comparatum deſiderant. Quinta vero iſta cauſſa etſi itidem in non faciendo eſt, hoc tamen exigit amplius, ut neglectum ſit id, de quo in donando convenerit. Superiora conventionem nollam habent ne quid eorum fieret.

XIV. Sed videturne recte hæc cauſſa inter cauſſas ingratitudinis referri a Iuſtiniano; cum potius ex hac cauſſa revocetur donatio propter conventionem? Quod enim ob cauſſam etiam donatum eſt, cauſſa non ſecuta repetitur eodem iure, quo cætera, quæ data ſunt ob cauſſam, in quibus cauſſa ſecuta non eſt, ut ſupra dixi. *L. 2. L. 3. L. dictum, C. de cond. ob cauſ.* Ideo ex tacita conventione, non propter ingratitudinem; quia etſi dolo accipientis factum non ſit ut cauſſa non ſit ſecuta, non eo minus tamen ſit repetitio, ut in hoc genere condictionis oſtendimus. Dicendum eſt ex hac cauſſa competere repetitionem donati, propter conventionem quidem: ſed nihilominus & propter ingratitudinem, ſi legem donationi dictam donatarius implere cum poſſet, noluerit, ut ſunt verba conſtitutionis. Nam ſi ingratus eſt, qui officia, quæ poteſt, donatori non præſtat etiam ſine conventione: multo magis qui ea quæ ſunt donationi ipſi impoſita, & ad qnæ præſtanda iure obligatur, pervicacia non præſtat. Meminerimus tamen ſic in hoc neglectu eſſe ingratitudinem, propter quam & donatio revocetur, ut revocetur nihilominus & propter conventionem.

XV. Hæc res facit, ut merito hæc cauſſa diſtinguenda ſit a prioribus in iure revocandæ donationis. Quæ & mihi cauſſa fuit initio iſta genera duo inter ſe diſtinguendi, idque eo diligentins, quod Iuſtinianus in illa conſtitutione ſua ſic omnes iſtas ingratitudinis cauſſas eodem loco proponit, ut nihil diſtinguat alias ab aliis in iure donationis revocandæ, quaſi omnes eo iure in eadem cauſſa haberi debeant. Quod ſecus eſt, ut & plerique ex interpretibus recte animadverterunt, in quibus Baldus, & Salicetus. Eſt autem hoc diſcrimen, quod ex prioribus illis quatuor factis revocatio donationis ad heredes donatoris non tranſit, niſi prius donatione ex pœnitentia revocata a donatore. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* At ex altero genere, ideſt ex quinta cauſſa quæ in non faciendo eſt, condictio donatori competens tranſit ad heredes iure communi ſine alio facto donatoris propter conventionem. Quod quia pertinet ad perſonas, quibus hæc repetitio conceſſa eſt, cum ad eas ventum erit: ibi a nobis opportunius dicetur.

XVI. Ex his cauſſis ſolis cum ſtatuit Iuſtinianus donationem revocari poſſe, animadvertendum eſt duo eum ſtatuere: nempe & ex iſtis quinque donationes omnes poſſe revocari, & præter has non eſſe alias, niſi ſpeciales quaſdam, quas vocavi proprias, ex quibus donatio poſſit revocari. De ntroque ambigitur, an vernm ſit. Quod quia ad cauſſas revocandæ donationis ſtatuendas pertinet, huius loci eſt, ut explicetur. Et de priore conſtitutio diſerte ſcripta eſt, generaliter donationes

[5]) Secus ſi legitime impeditus, vid. Mon. *d. col. ult. n.* 54. & *ſeq.*

quæ ab initio valuerunt, ex ſupra ſcriptis quinque cauſſis revocari poſſe.

XVII. Sed hic quædam videntur adverſari, in quibus placet quanvis ſupra ſcriptis cauſſis exiſtentibus ceſſare revocationem. In his *L. his ſolis*, in fin. *C. de revoc. donat.* ubi matri libidinoſe viventi denegatur in totum revocatio donationis in filium collatæ. Item *Auth. quod mater*, *ſeq. C. eod.* ubi matri quæ ſecundo nupſit, datur revocatio ex certis tantum cauſſis ex ſuperioribus, non autem ex omnibus. Sed nihil horum adverſus conſtitutionem Iuſtiniani. Quod enim cavetur conſtitutione, ex ſuperioribus cauſſis donationes omnes revocari poſſe, ſic accipiendum eſt, dum ſit is donator qui per ſe poſſit iure revocare, non ſi ei conceſſa ſit nominatim revocatio, ſed ſi ei nominatim non ſit adempta. Quod ſi quibus adempta ſit lege, ut ſuperioribus duobus generibus matrum; ad eos conſtitutio Iuſtiniani non pertinet. Hæc enim ſcripta eſt de cauſſis idoneis revocandæ donationis. Prius eſt autem ut poſſit quis ex legibus revocare donationem ob aliquas cauſſas ingratitudinis, quam ut quæratur, ex quibus cauſſis liceat ei revocare. Ita cum de poſteriore lata ſit conſtitutio Iuſtiniani, haud dubie prius illud ſtatuit, ut velit donatorem proponi, cui revocandi poteſtas non ſit adempta. Poſtremo cum velit Iuſtinianus ex ſupra ſcriptis cauſſis revocari poſſe donationem; nihil fit adverſus conſtitutionem, ſi cui donatori id ademptum proponatur, ubi id ei propter ipſum adimatur, non propter cauſſas ipſas, quæ per ſe ſemper ſunt idoneæ, ſi patiatur perſona donatoris. Quod ſi cui videbitur Iuſtinianus ſuperiore lege utrumque includere, ut generaliter & donationes ab initio firmæ ob ingratitudinem donatarii revocari poſſint, & poſſint tantum ex ſupra ſcriptis cauſſis: hac ſententia admiſſa recte dicemus generalem eſſe conſtitutionem Iuſtiniani, ſed excipi quaſdam perſonas donatorum, quibus donationem revocare non liceat ex iis cauſſis aut in totum; aut non ex omnibus. Exceptiones eſſe conſtitutas prioribus legibus, ut *L. his ſolis*, *de revoc. donat*, his non derogari lege Iuſtiniani ſuperiore, quanvis ſit poſterior; quia generalis eſt; in toto autem iure generi per ſpeciem derogetur: *L. in toto iure*, *D. de reg. iur.* De his autem perſonis dicetur commodius paulo poſt in quæſtione perſonarum, quibus hæc revocatio conceditur.

XVIII. Obſtare etiam videatur. *L. pen. §. 1. D. de donat.* Ubi traditur hanc donationem eſſe irrevocabilem, nempe ex ſuperioribus etiam cauſſis, ſi quis aliena opera ereptus a latronibus, aut hoſtibus liberatori ſuo [6] remunerandi cauſſa aliquid donaverit. Sed nec de hac ſpecie agitur Iuſtiniani conſtitutione. Loquitur enim conſtitutio de veris donationibus, quæ liberalitatis cauſſa exercentur. In ſpecie autem ſuperiore non eſt mera donatio, cum ſcilicet aliquid mercedis loco datur pro egregio aliquo labore nobis impenſo, quæ & ratio in eodem reſponſo redditur, & confirmatur amplius exemplo. *L. Aquilius*, 27. *D. eod.* Verum eſt igitur, niſi donatori revocatio donationis aperte adempta ſit, ex ſupra ſcriptis omnibus cauſſis donationes, quæ vere donationes ſunt, revocari poſſe.

XIX. Sed an non pluribus? Et apparet ex verbis non ex pluribus. Sic enim verba ſe habent: [7] *Ex his tantummodo cauſſis donationes everti concedimus.*

XX. De una tamen ſpecie controverſia eſt inter interpretes. Quæritur enim, ſi donator contulerit in aliquem [8] omnia bona ſua, aut maximam partem bonorum, deinde labatur facultatibus, ut non habeat, unde vivat, an deſiderans debeat ali a donatario, ſaltem quatenus efficiunt fructus rerum donatarum; & ſi non alit donatarius, an ex hac cauſſa iuſte revocari poſſit donatio. Accurſius ad *d. L. ult. C. de revoc. donat.* putat poſſe. Idem negat ad *L. in condemnatione*, *D. de reg. iur.* Hinc res diſtracta in varias ſententias, dum in eo aliud aliis placet. Utrum igitur verius putamus? Sed cur dubitamus, quin non poſſit ex hac cauſſa donatio revocari: cum conſtitutio Iuſtiniani diſerte ita ſcripta ſit, ex ſupra ſcriptis tantum cauſſis donationem everti poſſe? Neque enim obſcurum eſt, ſi donatori alimenta non

6) Duar. *de Don. C. ult.* P. Greg. 28. *Synt. ult. n.* 9. Moz. *d. col. ult. n.* 64. Tiraq. poſt *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 55. & *ad L. ſi. C. h. t. n.* 13. (ubi *n.* 11. *uſque ad n.* 69 45. ſpecialitates huius donationis refert) Beuſt *ad L.* 3. *de iureiur. n.* 195 diſſ. Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat.* P. 3. *n.* 60.

7) §. 2. *in fin. l. de donat.* in verbis: *certis ex cauſſis* Vult *ibid. n.* 6. Diſſ. Menoch. *Arb. Caſ* 130. *n.* 3. Mozz. *de Donat. col. ult. n.* 58 Ex his autem cauſſis etiam privilegia, cum donationis inſtar habeant, reſcindi poſſe vult Georg. Acac. Enenkel. Baro. Hohhemeim. *Lib.* 3. *de Privileg. C.* 17. De qua revocatione & Carol. Tapia *ad L. ſi. de conſt. princ.* P. 2. C. 9.

8) Donatio omnium bonorum an ſubſiſtat, quæ item illius interpretatio an ad futura extendatur, &c. non idem ſentiunt DD. vid. Gomez. *in L. Tauri* 69. Vaſq. 3. *Contr. uſufr.* p. 62. *n.* 2. *ſeqq.* Hot. *Diſput. de Donat.* C. 8. *n.* 31. Vaud. 1. Q. 31. Covar. 3. *Reſol.* 12. Dauth *de Teſtam. n.* 98. 10. Gutierez. *de iuram. confirmat.* P. 1. C. 11. Gilten. *de Praeſcript.* P. 3. C. 3. *n.* 134. *& ſeqq.* Coler. *de Proc. exſec.* P. 1. C. 10. *n.* 145. *& ſeq.* Fach. 6. *Contr.* 87. *& 6. ſeq.* Bron. 3. *Aſſ.* 72 A. Fab. 48. *Err. Prag.* 6. Roger. *de Donat.* C. 3. *n.* 15. Niel. *Diſp. feud.* 5. *Th.* 8. *lit. A.*

Digitized by Google

non præſtentur, omiſſionem hanc non eſſe in numero ſuperiorum cauſſarum. Nam priores quatuor negligentia donatarii non ſunt contentæ, ſed factum ad nocendum inſtructum exigunt. Hic donatarii omiſſio eſt tantum, & neglectus. Inter quæ quantum interſit, declaratur lege Aquilia, qua tenetur qui facto ſuo damnum dedit, etiam ſi dederit culpa leviſſima tantum, non ullo dolo malo: ſi autem res alienas cum ſervare poſſet, neglexit, & perire paſſus eſt, quanvis non ſine cupiditate nocendi, tamen non tenetur. *L. ſi ſervus*, 27. §. *huius*. *L. in lege*, 44. in pr. *D. ad L. Aquil. L. ſi cuius*, 13. §. *de præteritis*, verſ. *denique*, *D. de uſufr.* Quinta autem cauſſa ex ſuperioribus, eſt illa quidem & in omittendo; ſed deſiderat etiam, ut dixi, conventionem, qua convenerit, ut quid donatarius præſtaret. Hic agimus de eo donatario, cui hæc lex impoſita non ſit, ut donatorem aleret. Nihil igitur hæc ſpecies ad ſuperiores cauſſas pertinet, ac propterea vetat conſtitutio ex ea cauſſa donationem revocari. Et merito: nam ne illud quidem verum eſt, cogi donatarium alere donatorem egentem. Nemo cogitur id præſtare, ad quod præſtandum obligatus non eſt, ex definitione obligationis. *Inſt. de obl.* in pr. At donatarius donatori ad certum aliquid præſtandum non eſt obligatus. Quare nec alimenta ei præſtare cogitur. Dicitur quidem donatarius obligari ad remunerandum. *L. ſed etſi lege*, 25. §. *conſuluit*, *D. de her. pet.* Sed hoc ipſum ſignificat eum ſimpliciter non obligari, ut pluribus oſtendimus in naturali obligatione, primum quia remunerari eſt donare: non eſt autem donatio, ubi quis ad dandum obligatur. *L. donari*, *D. de reg. iur.* Deinde quia non obligatur ad ullam rem certam præſtandam, ac ſine re, quæ in obligatione deducitur, nulla eſt obligatio. *L. ita ſtipulatus*, 115. *D. de verb. obl.* Ad hæc non ſimpliciter dicitur obligari ad remunerandum, ſed obligari naturaliter. *d. §. conſuluit*. Etiamſi naturalem obligationem intelligeremus his verbis eandem, quæ in uſu iuris dicitur naturalis obligatio: tamen hoc ipſum etiam arguit nullam hinc eſſe neceſſitatem præſtationis, cum nulla ſit ex ea obligatione actio. *L. naturales*, *D. de obl. & act.* Poſtremo conſtat certas eſſe perſonas, quibus hæc neceſſitas imponitur legibus, ut alios alant, parentes, liberos, libertos. Parens liberos egentes alere debet, liberi parentes, liberti patronos. De quibus ex profeſſo ſcriptum eſt in *L. ſi quis a liberis tota*. *D. de agnoſc. lib.* Nulla illic mentio donatarii, aut uſquam alibi, quaſi is donatorem egentem qualemcumque alere debeat. Ex quo intelligimus extra ſuperiores perſonas nullos alios hac neceſſitate obſtringi, ut quemquam alant, ubi de eo iuſta pactione nihil convenerit, idque ipſum pertinere & ad donatarium. Nunquam enim ex univerſo genere certis perſonis quid iniungitur, aut contra tribuitur, niſi ut intelligatur inde cæteros qui ex eo genere ſint, eximi. Alioqui nequidquam de certis caveretur, quod pariter & ad alios omnes pertineret. Et omnino, ut cum prætor quoſdam ex iudicibus datis iudicare vetat; dicitur ex hac notione cæteris id concedere videri: *L. cum prætor*, *D. de iud.* ita recte dicemus, cum ex omnibus quoſdam lex vetat aliis denegare alimenta, cæteris omnibus videri legem id concedere.

XXI. Plerique tamen ſpecie æquitatis ducti tentant efficere, donatarium donatori egenti alimenta præſtare debere [9] ad quantitatem fructuum, qui ex rebus donatis percipiuntur: quod niſi faciat iuſtam hanc cauſſam eſſe revocandæ donationis Quidam, ut Baldus ad *d. L. ult. de revoc. donat.* utuntur ad eam rem argumento. *L. decurionibus*, *D. de decur.* Illic ita ſcriptum eſt: *decurionibus facultatibus lapſis alimenta decerni permiſſum eſt: maxime ſi ob munificentiam in patriam patrimonium exhauſerunt*. Qui locus minime ad rem facit. Etſi enim munificentia in patriam nihil aliud eſt, quam liberalitas, qua quid donationis cauſſa confertur in patriam: tamen perſpicuum eſt ex ſuperioribus verbis, quod hic tribuitur decurionibus, tribui ut decurionibus, ſeu hac de cauſſa, quia decuriones ſint, non quia aliquid donaverint patriæ. Indicio eſt, quod placet illis decerni alimenta, etiam ſi nihil donarint: & contra quanvis donarint omnia, non aliter tamen illis alimenta decerni, quam ſi ſint decuriones. Itaque eſt id beneficium, quod aperte tribuitur certæ conditioni perſonæ. De quo genere beneficiorum ita eſt regula iuris, ubi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus cauſſis id obſervatur*.

9) Gomez. 2. *Var. Reſol.* 14. n. 4. Clar. §. *donatio* Q. 21. Mozz. *de Donat.* Col. *ult.* n. 59. & *ſeq.* Beuſt. *ad L.* 1. *de iurtiur.* n. 195. fuſiſſime Io. Petr. Surd. *Tr. de Alim.* Tit. 1. *Quæſt.* 68. Quorum opinio, ut benignior, omnino ſervanda. Et facit *L. necare* 4. *de ag. lib.* Certe ſi Iuſtinianus de huiuſmodi caſu cogitaſſet, credibile eſt illum non fuiſſe prætermiſſurum. Facit *Nov.* 78. C. 2. v. *nam ſi nullam*,

Digitized by Google

tur, *D. de reg. iur.* Quo fit, ut cum beneficium ſuperius tribuatur decurionibus ut decurionibus, ideſt propter hanc conditionem perſonæ, plane ad eos, qui quid in patriam contulerunt, si decuriones non ſunt, nihil pertinet. Adde, quod non dicitur, decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni debere, ſed permiſſum eſſe. Quo verbo ſignificatur poſſe civitatem alimenta decernere, si velit; si nolit, neceſſe non habere. Nam de eo, cui conceſſum eſt, ut quid poſſit, hoc ipſum traditur *L. ſæpe*, & *L. generaliter*, *ſeq. D. de off. præſ. L. 1. C. quom. & quand. iud.*

XXII. Alii ut Cynus tentant idem efficere hoc argumento. Liberi parentem alere debent, iure certo. *L. ſi quis a liberis*, *D. de agnoſ. lib.* Volunt autem eum, qui bona ſua omnia aut maximam partem in aliquem contulit, veluti heredem eum inſtituendo, patris loco eſſe donatario. Ex quo efficitur & eum in quem hæc collata ſunt, donatori egenti tanquam patri alimenta præſtare debere. Recte ſi quidem donando quiſquam inciperet donatario eſſe patris loco. Quod non ita eſt. Scimus enim iure civili neminem iura patris nanciſci, niſi adoptione. Et quidem ita, ut diſſoluta patris adoptivi poteſtate ſimul etiam & patris nomen, & iura intereant. *L. in omni*, *D. de adopt.* Dicent neminem quidem donando patrem fieri, ſed ſe hoc ſentire; licet pater non ſit, eadem tamen officia pietatis, ei tribui debere, quæ patri, & hactenus patris loco eſſe. Sed ei qui pater non ſit neque natura, neque iure civili, abſurdum eſt dici eadem tribui oportere, quæ patri, & hactenus patris loco eſſe. Certe id probatione quam maxime indiget. Probant ergo ex *L. ſi patronus*, *D. de conf. tutor.* ubi ſi extraneus inſtituerit pupillum extraneum heredem, & ei teſtamento tutorem dederit, placet iudicium eius ſequendum eſſe, & tutorem confirmandum. Ex quo colligunt extraneum iſtum teſtatorem, eodemque exemplo donatorem omnem iſti teſtatori in donando ſimilem, patris loco eſſe ei, in quem liberalitas confertur. At unde tandem hæc collectio? quia ſcilicet, ſi pater filio pupillo emancipato tutorem dediſſet, eodem modo tutor confirmaretur. *L. 1. D. de conf. tut.* Nullum vero hoc argumentum eſt. Sit ſane in hac re extraneus iſte ſimilis patri. Sed non eſt hac de cauſſa quia ſit patris loco. Tutor ab utroque datus pariter confirmandus eſt; ſed datus a patre ideo, quia pater dedit, idque propter honorem & reverentiam iudicio patris debitam, & maxime cum in cauſſa liberorum quid ſtatuit, quod ſit in rem eorum: datus autem ab extraneo, non utique ideo, quia aut patris loco ſit propter donationem, aut ei eadem debeantur, quæ patri: ſed quia perſonam eius, quem tutorem eſſe voluit, noverit & dediſſe intelligatur quam fideliſſime, quam maxime idoneum putabat, coniectura voluntatis hinc ducta, quod ita dilexerit impuberem, ut eum heredem inſtitueret. Quæ ratio nominatim reddita eſt in *d. L. ſi patronus*, *de tut. conf.* Ex qua apparet qui priorem cauſſam voluit eſſe cauſſam ſuperioris confirmationis inducendæ, ei ipſi loco quo utuntur, adverſari; in quo alia aperte ſtatuitur, quæ cuivis extraneo etiam qui pater non ſit, nec patris loco habendus, optime conveniat.

XXIII. Ad extremum etiam Salycetus, cui ſuperior ſententia æqua videtur, eoque & retinenda, hoc argumento utitur ad eius ſententiæ defenſionem. Ob iniuriam non levem illatam donatori a donatario donatio revocari poteſt. Non eſt autem levis iniuria donatarii, ſi locupletatus & fruens bonis donatoris olim acceptis donatorem egentem alere recuſet. Iniuria ex eo, quod ad antidora ei ſit obligatus, *d. L. ſed etſi lege*, 27. *§. conſuluit*, *de her. pet.* Quare & denegatis donatori alimentis iure donatio poteſt revocari. Sed in hac argumentatione utrumque quod ſumitur, falſum eſt, & propoſitio & aſſumptio. Primum non ob quamlibet iniuriam illatam donatori revocari donatio poteſt, ſed ita ſi ſit facto illata iniuria, & ea ſit atrox, ut conſtitutio exigit. Qui autem non præſtat donatori alimenta, perſpicuum eſt hunc nihil facere, quo inferat iniuriam, ſed potius non facere. Omittit enim & negligit præſtationem. Iam dixi, quodcumque factum donatarii in non faciendo eſt, & in omittendo, non tribuere donatori donationis revocationem, niſi hoc ipſum convenerit, ut fieret, quod factum non eſt. Sed nec illud verum eſt donatarium iniuriam facere donatori, nedum videri debeat facere non levem, ſi egenti alimenta non præſtet. Non facit iniuriam, qui alteri non præſtat, quod illi non debuit. Eſt enim iniuria, ſi cui quis auferat, quod ſit eius, ſive vere eius ſit, ſive ei debeatur. Cuius autem nihil eſt, cuive nihil debetur, huic nihil dici poteſt contra ius auferri; eoque nec ei iniuria fieri; cum iniuria generaliter dicatur omne, quod non iure fit. *L. 1. D. de iniur.* Iam autem oſtendimus donatarium non eſſe obligatum ad quidquam præſtandum: certe non ad alimenta præ-

benda

Digitized by Google

benda magis, quam ad res alias. Nemo negat ex officio viri boni facturum donatarium, ſi beneficium beneficio rependat, & maxime ubi ope & auxilio eius indiget donator: quod præcipue cernitur in alimentis egenti præſtandis. Hoc amplius & ego eum, qui beneficio accepto id non faciat, ſi poteſt, non inhumanum ſolum, ſed & ingratum, & improbum, & quovis odio dignum iudico. Sed non quid hic honeſte fiat, & ex officio: ſed quid iure publico facere cogatur donatarius quærimus. Conſtat autem adverſus eos, qui beneficium acceperunt, nullam actionem eſſe proditam ad quidquam ab iis eo nomine exigendum, uti nec adverſus ingratos ullam actionem ingrati. Poſtremo non ſi alimenta donatori deberet donatarius eaque petenti non præſtaret, ideo donatori ius eſſet donationem revocare. Effectum eſt enim iam ſatis, non ob quamvis ingratitudinem donationem revocari poſſe; ſed iuſtas eſſe tantum ingratitudinis cauſſas, propter quas hæc revocatio concedatur. Inter quas cum non ſit omiſſio ullius rei, quæ ex lege donationi impoſita non debeatur, haud dubie alimentorum quamvis aliunde debitorum denegatio ad hanc revocationem non pertinebit. Et ideo cum liberi parenti egenti alimenta præſtare debeant, legimus poſſe parentem a liberis ea petere: quod ſi non præſtent, non propterea hanc pœnam uſquam conſtitutam legimus, ut ſi quid parens donaverit liberis, ob eam denegationem poſſit donationem revocare. Quanto minus licere id putandum eſt donatori, ſi non alatur a donatario, qui iure illi alimenta non debuit: certe non ita, a donatario ulla actione exigi poſſent? Maneat igitur hæc ſententia conſtitutionis rata de cauſſis revocandæ donationis: ex ſupra ſcriptis quinque cauſſis omnibus donationem revocari, poſſe dum ne revocatio donatori adempta ſit legibus: ſed ex his ſolis, præterea nullis, ac ne tunc quidem, cum donatarius turpiter ingratus egenti donatori alimenta denegaverit, ad quæ præſtanda lege donationi dicta non tenebatur.

XXIV. Sed hæc de communibus ingratitudinis cauſſis ad revocandam donationem idoneis, ſeu de iis quæ generaliter & in commune adverſus omnes donatores valeant, dicta ſunt. De quibus & ſe ſentire Iuſtinianus oſtendit primis verbis conſtitutionis, cum ait, generaliter ſancimus donationes ex his cauſſis everti. Quædam ſunt, ut dixi, propriæ certarum perſonarum eorum quibus donatum eſt, adverſus quos & ipſæ ſolum valent, ut ex his adverſus eos donatio revocetur. Sed hæ paucæ, quæ & pro conditione perſonarum variantur. Perſonæ duæ, quæ his cauſſis tenentur; liberti, & liberi. Adverſus libertum valet proprie una cauſſa hæc, ſi obſequia patrono debita neglexerit. Itaque ſi quid patronus donaverit liberto, poterit citra controverſiam revocare donationem ab ingrato liberto ex cauſſis illis quinque communibus, de quibus Iuſtiniani conſtitutione cautum eſt. Sed poterit & ex hac proprie, si obſeq. quia patrono debita præſtare noluerit: tametſi ſit hæc omiſſio in non faciendo, nec de obſequiis ſibi præſtandis in donando quidquam patronus caverit. Cautum *L. 1. C. de revoc. don.* Ubi & ratio huius iuris perſonæ liberti conveniens redditur. Exempla hæc ſunt, ſi libertus egentem patronum negligat, nec cum poſſit, præſtet alimenta; ſi poſtulante patrono res eius adminiſtrare detrectet. *L. alimenta. D. de agnoſc. lib. L. ingratus, D. de iur. patronat.* Et ſi qua ſunt ſimilia officia, quæ libertus patrono exhibere debet patronatus iure; de quibus in iure patronatus diximus. Adverſus liberos item propria cauſſa una, ex qua præter communes illas quinque ſuperiores revocari donatio poſſit a parente in liberos collata. Ea eſt; ſi filius totius patrimonii parentis iacturam molitus ſit. Ex hac cauſſa conceditur matri etiam quæ ſecundo nupſit revocare donationem collatam in filium, qui id molitus eſt: cum tamen huic matri multo minus conceſſum ſit ad revocandam eiuſmodi donationem ob ingratitudinem, quam cæteris parentibus iiſdemque donatoribus. *Auth. quod mater, C. de revoc. donat.* Multo igitur magis patri, & reliquis matribus, quæ ſecundo non nupſerint, idem conceſſum intelligendum eſt. Adverſus extraneos donatarios hæc initio non eſt ſatis ad revocandam donationem ex lege Iuſtiniani, ſed ita ſi etiam iactura bonorum re vera ingeſta ſit, ut ante diximus.

CAP.

C A P. XXVIII.

Donationem ex cauſſa ingratitudinis non infirmari ipſo iure, ſed ex pœnitentia & repetitione donantis revocari. Hanc revocationem donatoribus omnibus tribui, quibuſdam matribus exceptis. Quibus autem tribuitur, his tribui adverſus omnem donatarium ingratum, ſine exceptione.

An donatio revocetur ipſo iure, an facto donatoris. Ipſo iure revocari quid ſit I.
Quæſtionis occaſio. II.
Donatio non ipſo iure infirmatur, ſed competit donatori donatæ rei repetitio, ſicut datæ rei ob cauſſam, ea non ſecuta. III. IV. V. VI.
Donatori, & quidem omni revocatio donationis Iuſtinianeo iure competit. Secus de iure veteri. VII.
Excipitur mater quæ turpiter vivit, & quæ nupſit iterum. Quomodo poſterius hoc temperatum. VIII.
Quid ſi filio mater eiuſmodi donavit ob cauſſam, cauſſa non ſecuta. IX.
Recte conſtitutum a Iuſtiniano licere mulieri aut turpe viventi, aut ſecundo nubenti donationem ab extraneo revocare; non a filio. Quæ diſcriminis ratio. X.

I. His cauſſis poſitis, ſi una aliqua ex his inciderit, ſequens locus erat, cum revocationi donationis locus factus eſt, utrum donatio revocetur ipſo iure, an non niſi facto, & revocatione donatoris, & quo facto. Ipſo iure quid fieri dicimus, cum quid ſine cuiuſquam facto & opera ſolo iure perficitur. Ut cum dicuntur ſui heredes exſiſtere ipſo iure, ad diſcrimen extraneorum heredum, qui non niſi facto ſuo exſiſtunt heredes, nempe aditione aut pro herede geſtione. *§. ſui autem. Inſt. de her. quæ ab inteſt. def. §. ult. Inſt. de her. qual. & diff.* Itaque in propoſito donationem ipſo iure revocari ſic intelligimus, ſi quæ ita revocaretur, ut ſtatim poſt ſupra ſcriptas cauſſas ingratitudinis admiſſas dominium rerum donatarum a donatario recederet, & tranſiret ad donatorem iure ſolo ſine ulla traditione. Hoc igitur quærimus, an hic conſtituta ſit huiuſmodi donationis revocatio ob cauſſas ſupra ſcriptas, an vero facto & repetitione ſit opus, & donatarii reſtitutione.

II. Movet dubitationem *L. ſi unquam, C. eod. tit.* ubi in donatione quæ revocatur propter ſuſceptos poſtea liberos, totum quidquid donatum eſt, ex hac cauſſa dicitur reverti in eiuſdem donatoris arbitrio ac ditione manſurum. Quibus verbis apparet donationem ita infirmari, ut ſtatim redeat in dominium donatoris. Neque enim aliud eſt quid in arbitrio & ditione alicuius eſſe quam in eius dominio. Quo exemplo non abs re dubitatur, num idem & ex cauſſis ingratitudinis admitti debeat, cum in eadem donatione inter vivos, quæ a principio valuit, nec ullam conditionem accepit, pares hæ revocationes videri poſſint.

III. Dicendum eſt non idem hic admittendum eſſe, ex cauſſa, inquam, ingratitudinis donationem non infirmari ipſo iure: ſed re manente donatarii, ut prius, ſolum actionem eſſe donatori ad res donatas a donatario repetendas; donatarium ad hoc teneri, ut reddat, ſimiliter ut fieret, ſi quid nominatim ob cauſſam datum eſſet, cauſſa non ſecuta. Nam quod ad revocationem *L. ſi unquam*, attinet, ius in ea ſingulare eſt, ut ſuo ordine dicetur. Quod ideo ad hanc ſpeciem transferri non debet. *L. quod vero, D. de legib.*

IV. Ne dubitetur autem in hac ſpecie nullam eſſe huiuſmodi revocationem donationis, quæ fiat ipſo iure; hæc argumenta ſunt. Illud inprimis non dubium, quod ex conſtitutionibus non tantum Iuſtiniani, ſed etiam priorum Imperatorum, ideſt *L. ult.* in fin. & *L. 1. C. de revoc. donat.* mortuo donatore poſt ingratitudinem donatarii, ſi donator vivus non mutavit voluntatem, non modo dominium rerum donatarum ad heredes eius non tranſit, ſed nec ulla actio in perſonam ad revocandam donationem. Non ergo perfecte dominium rerum donatarum ad donatorem vivum redierat, ut dici poſſent res donatæ eſſe in arbitrio eius & ditione. Alioqui omnino futurum erat, ut eo mortuo tranſiret ad heredem, cum heres in univerſum ius defuncti, ac maxime in domi-

dominium ſuccedat. *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. her. L. cum heredes*, 23. in pr. *D. de acq. poſſ.*

V. Idem efficitur certis regulis iuris, ad quas neceſſe eſt & hanc quæſtionem, & alias omnes revocari, quandiu poſterioribus legibus de earum iure nihil eſt immutatum. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Si de donatario quæritur, is donatione dominus effectus eſt. Quod cuiuſque eſt, ab eo ſine facto eius recedere non poteſt, ex regula iuris. *L. id quod noſtrum*, *D. de reg. iur.* Et ut poſſet recedere: tamen vetat altera regula iuris, quominus ſine traditione ad alterum tranſeat. *L. traditionibus*, *C. de pact.*

VI. His congruunt verba legum, quæ ſunt de hac revocatione. Sic verba ſunt *L.* 1. *C. de revoc.* donat. *ſi ingratus ſit libertus, omnis donatio, mutata patronorum voluntate, revocanda eſt.* Primum exigit lex mutationem voluntatis, ut intelligamus, ante quam donator mutaris voluntatem, nihil infirmari in donatione, Sed & mutata donatoris voluntate non dicit revocatam eſſe donationem, ſed revocandam; ut rurſum intelligamus etiam poſt hanc mutationem aliud factum donatoris exigi ad revocandas recuperandaſque res donatas, Verba enim legis Iuſtiniani, *L. ult. eod.* ita ſunt; *ex his tantummodo cauſſis donationes everti concedimus*, *Etſi evertendi* verbum per ſe tam ad eas donationes pertinet, quæ infirmantur ipſo iure, quam quæ donatoris facto; tamen cum additur, *concedimus*, hoc verbo ambiguitas tollitur. Sic enim declarat Iuſtinianus non eam everſionem ſe intelligere, quæ fiat ipſo iure, ſed quæ in donatoris voluntatem & factum conferatur, dum ſe revocationem illi concedere dicit; quandoquidem non conceditur cuiquam evertendi poteſtas in ea re, quæ iam ante iure ſit everſa. Reſtat igitur alterum, quod dixi, ut ſic ex ſupra ſcriptis cauſſis infirmetur donatio, ut nihil amplius tribuatur donatori, quam actio in perſonam ad res donatas repetendas, quæ tunc donatoris iterum fieri incipient, cum erunt redditæ, aut ex iure reddi debebunt, ut in ſpecie *L. his ſolis*, verſ. 2. *C. eod.* Quod certius intelligetur, cum extremo loco dixerimus, quæ ſit huius revocationis nomine actio.

VII. Hac repetitione ex ſupra ſcriptis cauſſis conſtituta, tertius erat locus, ut quæreretur, quibus perſonis hæc revocatio conceſſa ſit iure, & adverſus quas. Et Iuſtiniani conſtitutio, *d. L. ult. de revoc. donat.* ita ſcripta eſt, ut hanc revocationem tribuat donatori, eamdemque adverſus donatarium ingratum. Atque ita efficiatur obligatin de rebus donatis repetendis, quæ ſit inter donantem & accipientem conſtituta. Et quidem adverſus donatarium omnem ſine exceptione hæc repetitio eſt. Omnes enim donatarii ex ſuperioribus admiſſis pariter ingrati. Nec quiſquam excipitur ea lege aut aliis ullis conſtitutionibus, niſi prius donatori ipſi revocandi poteſtas ſit denegata. Quod tamen in donatoris perſona contingit, non donatarii. Non eadem cauſſa eſt donatorum. Non omnibus donatoribus ex ſupra ſcriptis cauſſis revocatio tributa eſt. Olim quidem veriſimile eſt in univerſum tributam certis tantum perſonis, puta patronis adverſus libertos, parentibus adverſus liberos. Certe priores conſtitutiones, quæ Iuſtinianum anteceſſerunt, ad has tantum perſonas referuntur, ut *L.* 1. *L. his ſolis*. *L. penult. C. eod.* Iuſtinianus poſtea conſtitutione ſua generaliter omnibus donatoribus ex his cauſſis revocationem dedit. Sic enim loquitur: *generaliter ſancimus donationes firmas manere, niſi ex his cauſſis: ex quibus & donationes everti concedimus*. Repetendum ***** generaliter: ut intelligamus generaliter hoc eum conceſſiſſe omnibus donatoribus, & ex his tantum cauſſis.

VIII. Utcumque eſt, tamen etiam poſt conſtitutionem Iuſtiniani manſerunt veteres exceptiones in matribus donatricibus conſtitutæ, Eſt enim Iuſtiniani conſtitutio tantum generalis. Nunquam generales conſtitutiones quamvis poſteriores derogant prioribus ad certam ſpeciem eius generis collatis, quamvis in ea ſpecie contrariis; ſed ſemper ſpecies ex genere exempta intelligitur, iuxta regulam iuris, *In toto iure generi per ſpeciem derogatur*. *L. in toto iure*. *D. de reg. iur.* Prioribus autem legibus, puta *L. his ſolis*. *C. eod.* ex omnibus donatoribus exceptæ ſunt tantum matres, quæ quid in filios donationis cauſſa contulerunt: neque tamen omnes, ſed ex his duo tantum genera. Primum mater, quæ libidinoſe vivit: quam placet nullo modo ob ingratitudinem filii res ei a ſe donatas revocare poſſe, *d. L. his ſolis*, in fin. Quod ius etiam nunc manſit. Nihil enim hic mutatum eſt poſterioribus legibus, ac nec *Novella* Iuſtiniani *de nuptiis*, quæ mutavit in altero genere, quod ſequitur. Ergo ex eadem *L. his ſolis*. in eadem cauſſa cum ſuperiore eſt mater, quæ ſecundo nupſit, ſi quid forte in filios prioris matri-

matrimonii contulerit, & hi ingrati fiant. Sed hoc ius ut dixi, temperatum eſt poſtea a Iuſtiniano *d. Novel. de nupt.* 24. §. *mater tamen*. Unde *Auth. quod mater. C. de revoc. donat*. Huic matri tribuit quidem Iuſtinianus revocationem adverſus ingratos liberos: ſed ex his tantum tribus cauſſis, si liberi manus impias matri intulerint: si vitæ sint insidiati; si totius patrimonii iacturam moliti sint. Poſt quam conſtitutionem etiam nunc ex duabus his cauſſis communibus denegatur matri revocatio, ſi iniuriæ & contumeliæ filii tantum fuerint quamvis atroces, & ſi non totius patrimonii iacturam, ſed partis tantum non dico molitus ſit filius, ſed etiam re ipſa intulerit.

IX. Quid dicemus, ſi mater donaverit filio ob cauſſam, ut aliquid faceret, & cauſſa ſecuta non ſit? Etiam nunc ex hac cauſſa matri repetitionem dabimus ex iure communi, ut & cæteris donatoribus? *L.* 2. *L.* 3. *C. de cond. ob cauſ.* Atqui prius in totum adempta erat matri revocatio ex cauſſa ingratitudinis, *d. L. his ſolis*. Inter eas autem cauſſas Iuſtinianus numerat etiam hanc, cum iſti legi donatarius parere neglexit, *d. L. ult. C. eod.* Neque poſtea idem Iuſtinianus matri ex hac cauſſa revocationem reſtituit, *d. Novel. de nupt.* §. *mater*. Sed non fuit opus reſtituere, quæ adempta non erat. Ademptum illi erat ne revocaret donationem ab ingratis liberis propter ingratitudinem; at non ne revocaret ex conventionis cauſſa: quod illa nunc facit. Ineſt enim, ut ante dixi, in hoc neglectu duplex cauſſa ad revocandum donatum, ingratitudo filii, & conventio, ut quod ob cauſſam datum eſt, cauſſa non ſecuta reddatur. Remota ingratitudinis cauſſa, quæ matri adempta eſt, ſupereſt matris conventio; qua cum ſibi nominatim caverit, eius obligatio invitæ auferri non potuit. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in fraud. cred.* Ac nec ſub appellatione ingratitudinis eſt adempta.

X. Sed quidquid hic matribus iſtis ademptum eſt adverſus ingratos liberos, merito quæritur quam recte ſit conſtitutum. Non quod putem, ſi cuius iuris ratio reddi non poteſt, ideo reiiciendum. Non enim omnium, quæ a maioribus conſtituta ſunt, ratio a nobis reddi poteſt, etiamſi illis optime conſtiterit. *L. non omnium, D. de legib.* ſed quia ipſæ illæ conſtitutiones Iuſtiniani quibus de hac ſpecie cautum eſt, conſtituunt ius ſibi ipſi contrarium, & [illegible], quo una pars ab altera evertatur, niſi illius ademptionis rationem recte explicamus. Nam ſi mulier libidinoſe vivens, atque adeo propter turpem quæſtum infamis, ut meretrix, donaverit quid non filiis, ſed extraneis, & illi in aliquam cauſſam ingratitudinis ex ſuperioribus incidant, concedunt ſuperiores conſtitutiones huic mulieri donationem revocare. Hoc enim tribuitur omnibus generaliter lege Iuſtiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* nec uſquam illi adimitur vel prioribus legibus vel poſterioribus adverſus extraneos donatarios. Quinimo cum illam vetant nominatim revocare donationem adverſus liberos, hoc ipſo adverſus cæteros revocare licere aperte ſignificant. *Argum. in L. qui teſtamento, §. mulier, D. qui teſtam. fac. poſſ.* Sed & illud certi iuris eſt, quod iure interdictum non eſt, id omnibus licere. *L. mutus*, 43. §. 1. *D. de procurat. L.* 1. § 1. *D. de teſtib.* Nec quiſquam dicat, quod hic conſtitutum eſt adverſus liberos, admittendum eſſe & adverſus extraneos. Nam præterquam quod *L. his ſolis*, ita ſcripta eſt, ut ſuperioribus matribus revocationem adimat tantum adverſus liberos prioris matrimonii, etiam regulæ iuris ad alios id ius transferri prohibent. Eſt enim ius ſingulare, conſtitutum adverſus rationem communis iuris, quo ante licuit parentibus omnibus donationes in liberos collatas ob eorum ingratitudinem revocare. *L. penult. C. eod.* Eiuſmodi ius, dico ſingulare illud, vetant regulæ iuris produci ad conſequentias, *d. L. quod vero, D. de legib.* Quod mulieri libidinoſe viventi concedi dixi ſuperioribus conſtitutionibus revocare donationem ab ingratis extraneis, multo magis ei mulieri, quæ ſecundum aut tertium nupſit, idem concedi iiſdem conſtitutionibus Iuſtiniani intelligendum eſt; cum & huic pariter adimatur revocatio tantum adverſus liberos, & ei in hac ipſa ademptione minus detrahatur, quam ſuperiori. Si mulier ab extraneis ingratis donationem revocare poteſt, nec turpi vita, aut ſecundis nuptiis prohibetur: quanto magis huic ipſi licere debuit revocare ab ingratis liberis? nam quo maior eſt reverentia & pietas, quam liberi debent matribus & parentibus omnibus, eo maior eſt & deteſtabilior eorum ingratitudo adverſus parentem ex ſuperioribus admiſſis; eoque & pœna maiore, ſi non maiore, at certe pari citius coercenda. Aut ſi iſtis matribus propter turpem vitam aut ſecundas nuptias viſum erat denegare revocationem adverſus liberos ingratos, conveniebat multo citius ob eaſdem

cauſſas

Digitized by Google

cauſſas iiſdem denegare adverſus extraneos. Quod cum in his contra factum ſit, neceſſe eſt ipſa inter ſe contraria videri, & ſeſe mutuo tollere, niſi certa ratio inhibeat hanc revocationem in liberis, quæ ratio non item valeat adverſus extraneos. Hanc ergo rationem quærimus, ſine qua ius ſuperius probari non poteſt. Hanc recte & idoneam reddidit Iuſtinianus in *d. Novell. de nupt.* 24. §. *mater tamen*. Ac niſi ille hic nos iuviſſet, hæreremus. Cum igitur de matre ageret, quæ iterum nupſiſſet, ſumpſiſſetque hoc ius vetus partim confirmandum, partim temperandum, quo eiuſmodi matres vetabantur ob ingratitudinem filii revocare res ei donatas: hoc ius primo poſuit; ſimul confirmaturus hanc rationem reddidit, quod cum mater quæ ſecundo nupſit dicit ſe revocare donationem ob ingratitudinem filii, non videtur ex animo propter ingratitudinem filii id facere, ſed prætextu ingratitudinis quæſito magis de ſecundis nuptiis cogitare, & ad hanc cogitationem revocationem referre: eo ſcilicet, ut res filio ablatas in ſecundum maritum, aut ſobolem ſecundam transferat, ducta deſiderio, & amore ſequentis matrimonii, non ſine magna iniuria liberorum priorum, & prioris cum matrimonii, tum mariti. Quod dicit de matre quæ ſecundo nupſit, idem licet iuſtius de matre libidinoſa dicere, ut ſcilicet cum hæc dicet ſe ob ingratitudinem filii revocare velle donationem, exiſtimetur magis revocare, ut rebus ad ſe translatis abutatur ad ſuas libidines, iiſque indulgeat, quam quod de ingratitudine filii cogitet, eamque ſtudeat pro officio coercere. Hæc quidem eadem dici poſſunt de cogitatione iſtarum mulierum cum revocant donationem ab ingratis extraneis, a quibus tamen donata revocari poſſe diximus. Sed inter extraneos & liberos ad inhibendam hanc revocationem hoc intereſt, quod non eſt odioſum aut iniquum ob ingratitudinem quid adimere extraneis, quoſcumque in uſus mulier donatrix res receptas collatura ſit. At in iſta cogitatione auferre res donatas filiis prioris matrimonii, ut ſic deinde ad alienos, aut ad res turpes transferas; hoc vero maxime odioſum eſt, nec putarunt ferendum conſtitutiones. Cur autem matres donationem a liberis tanquam ingratis revocantes non exiſtimentur ex animo propter ingratitudinem revocare, ſed magis, ut transferantur res ad eos uſus quos dixi, facit maxime affectus matrum in liberos, quæ propter naturalem vehementem amorem atque indulgentiam erga liberos facile his quaſvis iniurias remittant.

C A P. X X I X.

Revocationem donationis ex cauſſa ingratitudinis ita tribui donatori, ut eo non revocante denegetur omnis eius heredibus. Revocante eo, tranſeat repetitio ad eius heredes. Et quam hic revocationem donatoris ad eam rem accipere debeamus.

Donator ſolus revocat ex pœnitentia donationem; non illius heres ab initio revocat. I.

Ratio definitionis illuſtrata contrariorum refutatione. II. III. IV. V. VI.

Quotuplex mutatæ voluntatis modus ſeu gradus in donatore. Et an quilibet revocationem transferat ad heredes. VII. VIII. IX.

Contrariis occurritur. X. XI.

Inimicitiæ capitales ſine alia teſtatione pœnitentiam, adeoque revocationem non probant. Et quare aliud in legatis. XII.

I. His matribus exceptis ius eſt perpetuum, revocationem donationis ex ſupra ſcriptis cauſſis Ingratitudinis tributam eſſe donatoribus omnibus adverſus omnes, qui donatum accepiſſent. Huic iuri conſequens videbatur eamdem itidem tribuendam donatoris heredibus, & adverſus donatarii heredes, ut ſunt regulæ iuris communes de actionibus in perſonam tranſmittendis, ut mox dicetur. Sed hoc de heredibus donatoris non omnimodo placuit: de heredibus donatarii ambigitur, & in utroque magna obſcuritas eſt ex verbis conſtitutionum, quibus de hac re cautum eſt. Quod cum pertineat ad perſonas eorum, inter quos hæc obligatio & repetitio conſtituta eſt, atque adeo tantumdem de priore donatoris iure adimatur, ac de his perſonis nunc agimus: omnino res poſtulat, ut hoc loco de utroque dicatur. Et de heredibus donatoris ita cautum eſt conſtitutionibus, donato-

rem ex ſupra ſcriptis cauſſis donationem mutata voluntate revocare poſſe; ſed donatorem tantum: ad hoc autem beneficium heredes eius non pertinere. *L. 1. C. de revoc. donat.* Item, actionem quæ matri ad revocandam donationem competit, non tribui eius heredibus. *L. his ſolis*, verſ. *actionem*, *C. eod.* Et quod apertius de re tota comprehenſum eſt lege Iuſtiniani, *d. L. ult. C. eod.* ſi donator tacuit, ſi de ingratitudine donatarii querelam non movit, ſilentio eius donationem confirmari, nec concedi eius ſucceſſoribus ſuſcitare querelam, quam donator ſilentio omiſit.

II. Hic ſtatim occurrit contra regula perpetui iuris de actionibus ad heredes transferendis. Sic enim ius eſt, omnem actionem in perſonam, quæ alicui competit, ſi pœnalis non eſt, ſed rei perſecutionem continet, etiam competere heredibus, utpote univerſi iuris defuncti ſucceſſoribus. *L. quod diximus*, 16. *§. ult. D. quod met. cauſ. L.* 4. *§. ult. D. de alien. iudic. mut. cau. fac.* At revocatio & repetitio rerum donatarum ex cauſſis ingratitudinis, eſt actio in perſonam, quippe donatori adverſus donatarium, non autem adverſus poſſeſſorem conſtituta. *d. L. ult. de revoc. donat.* Sed & talem eſſe ſatis aperte indicat *L. his ſolis*, verſic. *actionem*, *C. eod.* Ac de eo dicetur paulo poſt ſuo loco. Eadem etiam pœnalis non eſt, ſed rei perſecutionem continet. Perſequitur enim id quod donatori abeſt, quæ definitio eſt huius generis actionum in *L. in honorariis*, *D. de oblig. & act.* Quare ex iure ſuperiore perpetuo etiam donatoris heredibus tribui debuit. Dicet aliquis, ſingulare hic ius eſſe, conſtitutum excipiendæ huius repetitionis cauſſa ex numero reliquarum ordinariarum actionum, quia ipſa extra ordinem conſtitueretur præter conventionem. Sed hoc ad defenſionem non eſt ſatis. Qualiſcumque enim actio & petitio eſt, & quacumque de cauſſa conſtituta, ſimul atque alicui tributa eſt iure, ita ut in perſona eius conſiſteret, neceſſaria conſequentia eius iuris etiam ad heredes eius tranſit, quanvis ſit ad reſcindendum ius civile conſtituta, ut reſtitutio in integrum. *L. non ſolum*, *D. de in integr. reſt.* Ideo etiam quæ ſunt ex maleficio quanvis pœnales & odioſæ, dantur tamen heredibus, excepta iniuriarum actione. *§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.* Idque ratio iuris efficit. Nam ſi hereditas eſt ſucceſſio in univerſum ius quod defunctus habuit. *L. hereditas*, *D. de regul. iur.* heredis hæc perſona eſt, ut ſuccedat in omne ius defuncti, ut & ſuccedit. *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. hered.* In iure autem & bonis defuncti numerantur maxime actiones, & perſecutiones, quas ille iure ſibi tributas habuit. *L. bonorum*, *D. de verbor. ſignific.* Scio excipi iura perſonalia, eorumque actiones. *L. non ſolum*, *§. tale*, *D. de lib. leg.* Sed revocatio rei donatæ, cui non perſona locum facit, ſed cauſſa, quia ſcilicet ingratitudo a donatario admiſſa eſt, nequaquam exiſtimari poteſt ius perſonale. *L. in omnibus cauſſis id obſervatur*, *D. de reg. iur.* Excipitur etiam iniuriarum actio *d. §. 1. de perp. & temp. act.* Sed illa pœnalis eſt; hæc rei perſecutionem habens, quæ ideo longe diſſimilis in cauſſa habetur, ut ante oſtendi. De quo etiam plura poſtea. Quapropter nulla ratio eſt iuris, quæ hanc repetitionem, cum ſemel donatori competierit, heredibus eius eximat. Atenim exceptam eſſe apparet, inquies. Sic enim verba ſunt conſtitutionum, ut detur hæc repetitio donatori, denegetur eius heredibus. *d. L. 1. L. his ſolis*, *L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.* Sed de verbis conſtitutionum non ambigitur. Hoc quæritur, an quia non datur heredibus, admittere debeamus exceptum eſſe a reliquis. Quod ſi fit, parata eſt eadem reprehenſio. Non enim debuit excipi ſine cauſſa, cum ſit adverſus ius bene conſtitutum de actionibus ad heredes tranſmittendis. *L. penul. D. de in integr. reſtitut. L. etſi*, *D. de regul. iur.* Nulla porro hic idonea cauſſa reddi poteſt, cur ea actio, quæ magna æquitate tributa eſt donatori, & tributa ob ſingularem turpitudinem donatarii, in gratiam delinquentis denegetur donatoris heredibus.

III. Et res ita habet. Neque hic quidquam non recte conſtitutum, neque adeo ſuperioribus regulis iuris adverſatur, ut dici debuerit ab his exceptum, & exceptionis quærenda ratio, quæ & re vera nulla eſt. Quod enim dicitur actiones in perſonam, quæ alicui dantur, etiam ad heredes eius tranſire, manifeſtum eſt de his dici, quæ defuncto quæſitæ et competere cœperant, aut mortuo eo perinde habentur, quaſi competere cœpiſſent. Quod accidit in his, quæ alicui ſine conditione dantur, aut dantur quidem ſub conditione, ſed quæ vivo eo aut mortuo exſtiterit. Sic enim priore caſu vere actio fuit defuncti in quam propterea hereditatis iure ſuccedit heres: poſteriore autem ſpes quidem tantum conditionalis obligationis: ſed & hæc ſpes extra legata ad heredem tranſmittitur. *§. ex conditionali*, *Inſtit. de verbor. obligation.* Quod ſi cui actio ali-

aliqua quæſita non eſſet; aperte ad eam ſuperior definitio iuris non pertinet. Abſurdum ſit enim dici, eam actionem ad heredem tranſire, quæ nulla unquam in perſona defuncti conſtiterit. Atque hoc tunc accidit, cum actio tribuitur alicui ſub conditione, eaque conditio vivo creditore deficit. Sic fit, ut in hoc genere non modo non adverſetur ſuperioribus regulis iuris, ſed etiam maxime his conſequens ſit, actionem ad heredem pertinere non poſſe. Non ſane quia excipiatur hic aliqua ſpecies, quæ cum fuerit defuncti, ad heredem non tranſeat: ſed quia hic nihil fuerit defuncti, quod tranſiret ad heredem ſucceſſionis iure. Certi enim iuris eſt, quod ſub conditione defertur, deficiente conditione nec datum videri: ſicuti nec quod debetur ſub conditione, ante debetur, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verbor. ſignificat. §. ſub conditione, Inſtit. de verbor. oblig.* Atqui hoc evenit in reliquis omnibus actionibus, quæ ex præcedentibus iuſtis cauſſis alicui conſtitutæ ſunt, ut tribuantur ei ſine ulla conditione: certe ſine hac, ſi is velit ſibi actionem dari, cui tributa eſt. In revocatione autem donationis omnis ita ius eſt, ut quanvis ex iuſtis cauſſis præcedentibus ſit conſtituta, ut hæc ipſa de qua agimus, ex cauſſis ingratitudinis antecedentibus; tamen non tribuatur donatori, niſi addita hac conditione, ſi eum pœniteat donationis, ſeu ſi mutaverit voluntatem. Quod nihil aliud eſt, quam ſi voluerit hanc revocationem ſibi concedi. Sic enim verba ſunt *L. 1. C. de revoc. donat.* donatio mutata donatorum voluntate revocanda eſt. Mutata voluntate donatorum, ideſt, cum donatores mutaverint voluntatem, ut donationem manere nolint; ſeu ſi mutaverint voluntatem. Eſt enim hic ablativus abſolutus: cuius generis ablativi in uſu auctorum, & maxime iuris, reſolvuntur in conditionem: ut, reſtituas hereditatem Titio, acceptis ab illo centum nummis; valet, ſi centum nummos tibi Titius dederit, tu acceperis, ut ſit fideicommiſſum conditionale. [1] *L. a teſtatore, D. de condition. & demonſtrat.* Et ne forte in hac ſpecie id novum cuiquam videatur, idem apertius conſtitutum eſt in revocatione donationis inter virum & uxorem, quæ donatori tributa eſt nominatim hac conditione, ſi eum pœniteat in *L. cum hic ſtatus, 32. §. ait oratio. D. de donat. inter vir. & uxor.* quod nihil aliud eſt, quam id ipſum, quod ſupra diximus, ſi donator mutaverit voluntatem. Idem receptum in revocanda donatione, quæ in filiumfamilias a patre collata eſt. Hæc enim item & ſuperior dicuntur confirmari & manere per ſilentium donatoris in *L. donationes quas parentes, C. de donat. inter. vir. & uxor.* quo ſignificatur ſic competere earum donationum revocationem, ſi donator non ſileat. Cum autem in conſtitutione Iuſtiniani, *d. L. ult. de revoc. donat.* idem dicatur de donatione, de qua agimus, ſatis argumenti eſt, eum huius donationis revocationem concedere iſta eadem conditione, si donator non taceat, ideſt, id dicat, quo declaret voluntatis mutationem, & uno verbo pœnitentiam. Iam vero hæc conditio, ſi donator mutaverit voluntatem, ita exsiſtit, si vivus mutet, ſi vivum pœniteat. Non mutata voluntate ſi decedit, conditio deficit. Ineſt enim hæc conditio, ſi velit donationem revocare, cuiuſmodi conditio morte eius, qui velle debuit, extinguitur. *L. 4. D. locat.* Nam neque mortuus amplius velle poteſt; nec si velint heredes, quidquam perficiunt ad implendam conditionem: quoniam conditio hæc erat, non ſi heredes mutent voluntatem, ſed ſi donator. Ipſi autem ſi mutent, nunquam tamen efficient, ut ideo videatur donator feciſſe quod non fecit.

IV. Sequitur igitur, quod dixi, ut cum non mutata voluntate donator deceſſerit, quia defecit conditio, ſub qua revocatio donationis concedebatur, ideo intelligatur nec revocatio illi ita competiiſse, ut in perſona eius consiſteret. Atque hoc ſurſum ſi verum: fit cogentibus etiam regulis ſuperioribus de iure tranſmittendarum actionum, & iure ſucceſſionis, ut hæc eadem revocatio non poſſit tranſire ad heredes, quæ in iure defuncti non fuit. Heres enim ſucceſſor eſt, ſed qui ſuccedat in id tantum, quod defunctus habuit, *d. L. heres in omne, de acq. her. L. hereditas, de reg. iur.* Et ut intelligatur certius iſtam cauſsam eſse huius revocationis ad heredem non tranſmittendæ; ſimul atque ſine hac conditione cœpit competere revocatio donatori, ſtatim in ea cauſſa eſſe incipit, ut mortuo donatore tribuatur heredibus.

[1]) Ubi Bart. vid. Gribald. *ad Rub. D. ſol. matrim.* Q. 9. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr* 1. *n.* 16. qui conditionem, quæ ex ablativis inducitur, maiorem vim habere quam alias, & vim etiam diſpoſitionis, quando teſtator, iſtivo utens, diſponere poteſt. Coraſ. *ad L.* 2. §. 3. *de O. L. n.* 2. & 3. falſum hoc DD. axioma cenſet, quia magis accedere ſoleant diſpoſitioni *L.* 2. §. *ult. mand.* & ſi quandoque faciunt conditionem, id non fieri ex vi vel natura ablativorum, ſed quia expreſſe vel tacite actus ipſe ſuſpendens exprimitur, aut eventus, in quem ſit ſuſpenſio vid. Val. Guil. Forſt. 1. *Obſ. ſucciſ.* 10.

Tunc autem incipit competere donatori ſine hac conditione, cum ille mutavit voluntatem. Sic enim implevit conditionem; qua impleta, incipit pura eſſe legis conceſſio. *Arg. in L. ſi pupillus. D. de cond. inſt.* Atque eodem tempore etiam accidit, ut revocatio tranſmittatur ad heredes. De quo mox dicam.

V. Sed prius occurrendum eſt dubitationi, quæ hoc loco incidit. Etenim hoc reſponſo videmur quiddam abſurdius dicere, quam ſi hanc ſpeciem ſingularis iuris eſſe, & a cæteris actionibus exceptum admitteremus. Quid enim cauſſæ dici poteſt, cur ex omnibus aliis cauſſis actiones tribuantur alicui ſimpliciter, certe ſine hac conditione, ſi velit actionem ſibi competere; ſolæ revocationes donationum tribuantur hac conditione, ſi donator mutata voluntate declaret ſe velle donationem revocare? Sed & hæc merito illis conditionibus diſtincta ſunt. Differentiæ ratio eſt, ex voluntate actorum ducta, quæ voluntas in cæteris actionibus hanc conditionem non deſiderat; in revocatione donationis deſiderat. Nam cæteræ actiones non dantur adverſus factum eorum, quibus tribuuntur. Unde nihil proponitur in his, cur non ſtatim velint eas ſibi competere, ſic deinde ſe mortuis pertinere ad heredes ſuos. At revocationes donationum donatori conſtitutæ aperte tribuuntur adverſus factum ipſius donatoris. Ipſe eſt enim, qui donavit eo animo, ut vellet accipientis fieri, nec ullo caſu ad ſe reverti. *L. 1. de donat.* Adverſus quod factum cum rem revocat, palam eſt eum adverſus factum ſuum facere, & ſe quodam modo oppugnare. Sic omnes homines fere ſunt affecti, ne velint a ſe donatum revocare, omninoque ad exiſtimationem ſuam putent pertinere, ne revocent, ne ſcilicet videantur leves, aut avari, vel temere & iudicio falſi contuliſſe beneficium in eos, quos non norant. Denique ut donatario ingrato conſtituto malint ingratitudinis turpitudinem tanquam infamiam in ipſo auctore hærere, quam donationem ob quamlibet cauſſam revocando inconſtantiæ & levitatis aut avaritiæ crimen ſubire. Quæ cogitatio etiam hanc mentem ſecum adfert, ut cupiant repetitionem donationis ſibi concedi iure ſub conditione ſi eos pœniteat: ne ſi forte ſimpliciter tribuatur, ipſis mortuis ad heredes eorum tranſeat, quod fortaſſe minime voluerunt. Quam coniecturam voluntatis ſecutæ conſtitutiones hanc etiam conditionem adiecerunt. Id autem factum eſſe conſtitutionibus eo conſilio, ne revocatio daretur heredibus forſan adverſus voluntatem eius, qui donaſſet, dum eam voluntatem præſumunt, quam dixi, declaratur oratione Severi in revocatione donationis inter virum & uxorem, ubi hæc ipſa ratio totidem verbis expreſſa eſt, *d. L. cum hic ſtatus, §. ait, de donat. int. vir. & uxor.*

VI. Sed meminerimus in conſtitutione Iuſtiniani non ſimpliciter revocationem donatoris denegari donatoris heredibus: ſed ſub conditione [a] ſi donator tacuit, ſi vivus querelam ingratitudinis non inſtituit. Proinde ſi non tacuit, ſed aperte mutavit voluntatem, & donationem revocare ſe velle oſtendit; intelligemus non tantum iure communi, ſed etiam ſuperioribus verbis eamdem revocandi poteſtatem heredibus tribui. Hæc neceſſaria collectio eſt, uſitata iuris auctoribus in omni interpretatione legum, ut ſive quid tribuitur lege ſub conditione, hinc intelligamus ſub contraria conditione denegari: cuiuſmodi collectio eſt Papiniani in *L. 1. §. huius, D. de off. eius cui mand. eſt iuriſd.* Sive quod denegetur ſub conditione, hinc ſub contraria conditione conceſſum intelligatur: collectio Ulpiani in *L. procuratorem, 8. §. ſi ignorantes*, in fin. iuncto §. ſeq. *D. mand.* Eademque interpretatio recepta in ſupremis voluntatibus, in quibus hæ ſententiæ ratæ ſunt, ut quod ſub conditione teſtamento datum eſt, id ſub contraria conditione ademptum: & contra quod ademptum eſt ſub conditione, id ſub contraria conditione eadem voluntate datum videatur. *L. quibus, 40. §. 2. L. aliquando, 107. D. de cond. & dem.* Recte utrumque & neceſſario ex natura conditionis: cuius additæ hæc vis eſt, ut quidquid ſub conditione ſtatuitur, id niſi conditio exiſtat, placeat ratum non haberi. Ex quo eſt, quod placet in obligationibus & teſtamentis, ſi quid promittatur, legetur ſub conditione, non prius deberi, exitum habere, quam conditio extiterit. *L. cedere, D. de verb. ſign. L. ſi poſt. D. quand. dies uſufr. leg. ced.* Nihil autem intereſt, utrum dicamus deficiente conditione legem quid non dare, aut quid concedere: an vero ſub contraria conditione idem non dare aut concedere: quoniam ubi deficiente priore conditione quid

[a]) *C. ult. extra de donat.* Gomez. 2. *Reſol.* 3. n. 14. P. Greg. 28. *Synt. ult. n.* 8. quia, inquit, delicta ſunt perſonalia & remiſſa videtur diſſimulatione iniuria. Excipiunt, niſi neſciverit ac repentina morte præventus, Catellia. Corta *in Memor. v. donatio perfecta revocari poteſt, &c.* Beuſt. *ad L. 1. de Iureiur. n.* 195.

quid deneges, aut concedas, neceſſe ſit in eo ineſſe hanc conditionem ſi aliter evenerit, quam prior conditio exigebat; quæ iam contraria priori conditio eſt.

VII. Hoc poſito, quæremus iam in hac ſpecie, quam in donatore mutationem & revocationem voluntatis accipere debeamus, ut decedente eo transferatur revocatio donationis ad eius heredes. Poteſt enim donator voluntatem mutare, & movere querelam ingrati donatarii tripliciter, vel ut extra iudicium tantum teſtetur ſe donationis pœnitere, atque hanc revocare; vel ut ad iudicium uſque procedat litem movens donatario, & donata iudicio repetens. Idque rurſum dupliciter, vel ut actionem inſtituat tantum, nec perveniat ad litem cum donatario conteſtandam; vel ut ad hanc ipſam conteſtationem perveniens iudicium, & iudicati actionem de rebus revocandis ſibi conſtituat. Quæ omnia ad actiones transferendas aut perpetuandas non eamdem vim habere conſtat, §. 1. in fin. *Inſt. de perp. & temp. act.* Quærimus igitur ad tranſmiſſionem huius revocationis, putemuſne neceſſariam eſſe de revocanda donatione litis conteſtationem donatoris; an ſine conteſtatione ſaltem neceſſe ſit actionem de ea re inſtituiſſe; an vero etiam extraiudicialis mutatio voluntatis ad tranſmiſſionem ſufficiat. Et de litis conteſtatione dubitare non oportet, quin si donator iudicio egerit adverſus donatarium, & litem cum eo ſit conteſtatus, deinde pendente iudicio deceſſerit, actio tranſeat ad heredes eius. Certi enim iuris eſt, actiones omnes, etiam eas quæ heredi, & in heredes nominatim denegantur legibus, ſi ſemel ab actore per litis conteſtationem iudicio incluſæ ſint, ut perpetuæ fiant, ita & heredibus dari, & in heredes. *d.* §. 1. in fin. *de perp. & temp. act. L. ſciendum, D. de obligat. & action. L. ult. C. de hered. tut.* Itaque hoc ius etiam ad revocationem maternam pertinebit. Quod eo monemus, quia abſolute ſcriptum eſt in *L. his ſolis*, verſic. *actionem. C. de revocand. donat.* actionem, quæ matri datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, non tribui eius heredibus. Nos vero ſciamus non prohiberi nos illis verbis, quominus ſi mater actione mota adverſus filium etiam litem cum eo conteſtata sit, certo ſtatuamus quandoque ea decedente actionem ad heredes eius transire, ex ſuperiore regula iuris. Et merito. Iudicio enim, id eſt iudicio accipiendo, & litis conteſtatione contrahitur obligatio iudicati inter litigatores. *L. 3. §. idem ſcribit, D. de pecul.* Omnis autem obligatio ex contractu transit ad heredes creditoris, *d. §. 1. Inſtit. de perp. & temp. act.*

VIII. Quid, ſi donator agere cœperit tantum, dum donatarium ingratum in ius vocat donata repetens, deinde morte præventus litem conteſtari non potuerit? Nihilominus ex verbis conſtitutionis revocatio dabitur eius heredibus. Exigit enim conſtitutio, ut donator querelam inſtituat prius. *d. L. ult. de revoc. donat.* Omnis autem querela, atque adeo actio omnis inſtituitur in ius vocatione. *§. ult. Inſtit. de pœn. tem. litig.*

IX. Quid, ſi extra iudicium tantum mutarit donator voluntatem? Hic plerique ambigunt, putantque hoc facto revocationem ad heredes donatoris non tranſire. Primum moti exemplo actionis iniuriarum, & ſimilium, quæ heredibus non competunt. Nam hanc revocationem volunt eſſe ex iniuria, aut ſimilem iniuriarum actioni. Moti præterea *d. L. his ſolis*, in verſic. *actionem*, ubi nominatim hæc actio & revocatio denegatur heredi matris donatricis, quanto magis heredibus extraneorum donatorum? Id autem hanc ſignificationem habet, ut lite quidem conteſtata tranſire poſſit ad heredes actoris; ante autem non tranſeat, quæcumque voluntas actionis movendæ; atque adeo quæcumque actionis inſtitutio præceſſerit. Ut fit in actione iniuriarum tantum ideo quia heredi eius qui iniuriam paſſus eſt. *d. L. iniuriarum, 28. D. de iniur. d. §. 1. Inſtit. de perp. & temp. act.* Sed verius eſt, ſimulatque pœnitentia & mutatio voluntatis donatoris ſecuta eſt quanvis extra iudicium, moriente deinde donatore revocationem ad heredes eius tranſire. Ut puta, ſufficiet hoc modo donatorem dicere teſtato, ſeu coram idoneis teſtibus: Ego illam aut illam iniuriam atque ingratitudinem paſſus ſum a Titio, cui donavi nonnulla vel pleraque, aut etiam omnia. Hanc iniuriam ad animum meum revoco, & teſtor apud vos iam nunc animo donationem revocare, vel pœnitere me donationis. Eius rei mihi teſtes eſtote. Sufficiet, inquam, ſola hæc teſtatio, ut donatore poſtea decedente revocatio detur eius heredibus. Id efficiunt aperte verba conſtitutionis Iuſtiniani *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* illic enim denegatur revocatio heredibus nominatim ſub conditione, ſi donator tacuit. Ex quo intelligi dixi, ſi donator non tacuit, ſed de pœnitentia & mutatione voluntatis teſtatus eſt; & ut loquitur eadem conſtitutio, ſi querelam de

ingra-

ingratitudine donatarii prius inſtituit: revocationem eamdem heredibus concedi. Exigit ergo conſtitutio ad hanc tranſmiſſionem pœnitentiam tantum & mutationem voluntatis donatoris, & huius querelam, nec adiicit qualem; iudicialem puta, aut extraiudicialem. Proinde ſive eum pœnitebit in iudicio, ſive extra iudicium, ubi aperte de ingratitudine donatarii queratur, & ſe revocare donationem teſtetur, tranſmiſſioni locus erit ex conſtitutione. Ubicumque enim eum pœnitebit, quereturve, ſemper verum erit id factum eſſe, quod verbis legis continetur. Sic eſt interpretatio legum apud omnes auctores iuris, ut quoties lex generaliter ſcripta eſt, nec quidquam adiicit, quod ad hanc vel illiam perſonam, vel rem, vel ſpeciem ſcriptum referri intelligamus, toties putetur ea generaliter accipi debere, ut pertineat ad omnia, quæ verbis comprehenduntur. *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. cauſ. L. item veniunt*, §. *petitam*, verſ. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publ.* Sed & hoc idem vel maxime declaratur exemplo donationis inter virum & uxorem. Nam & huius donationis revocatio donatori conceſſa eſt eadem iſta conditione, qua revocatio donationis ſimplicis ex cauſſis ingratitudinis, nempe ſi donatorem maritum pœniteat, ideſt, ut nunc loquimur, ſi non taceat, ſi mutet voluntatem. Quod ſi non mutet, placet eodem modo ſilentio eius confirmari, ut revocandi poteſtas non detur heredibus. At pœnitentia & mutatio voluntatis in ea donatione ſic accepta eſt, ut ſufficiat donatorem ubivis etiam extra iudicium teſtari ſe pœnitere, placetque cum id fecit, revocationem heredibus eius tribui. *L. cum hic ſtatus*, 32. §. *ait* in fin. *D. de donat. inter vir. & uxor.* Quapropter & in donatione ob ingratitudinem revocanda, ſi idem donator fecerit, eodem exemplo revocationem tribuemus heredi, quando hæc revocatio eadem conditione atque iiſdem verbis conceditur vel negatur in *d. L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.*

X. Non movebit nos ex adverſo exemplum actionis iniuriarum. Conſtat quidem hanc heredibus eius qui iniuriam paſſus eſt, non dari, nec si qua eſt huic actioni ſimilis, tantumque id contingere, cum lis erit de ea actione conteſtata, *d.* §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Sed revocatio, quæ conceditur ex cauſſa ingratitudinis non naſcitur ex iniuria. Non naſceretur quidem ut plurimum revocatio, niſi donatarius feciſſet iniuriam, ut indicant ſuperiores cauſſæ ingratitudinis: ſed prima cauſſa eſt ex eo, quod donatum eſt hac tacita conditione, ut revocandi ius eſſet, ſi donatarius ſe ingratum præberet, ut dicetur poſtea extremo loco. Et ut forte quis concedat revocationem eſſe ex iniuria: non eſt tamen hic actio iniuriarum ad revocationem, aut ulla iniuriarum actioni ſimilis. Iniuriarum enim actio pœnalis eſt, *d.* §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* §. *pœna*. *Inſt. de iniur.* Et huic ſimiles etiam pœnales, qualis eſt actio in calumniatores. *L.* 4. *D. de cal.* Quam ob cauſſam etiam præter iniuriam denegantur heredibus. Argumento eſt, quod quæcumque rei perſecutionem continent, etiam heredibus dantur, ut ſupra diximus. *d.* §. 1. *de perp. & temp. act. d. L. quod diximus*, §. *ult. D. quod met. cauſ.* At hoc etiam ante oſtendimus, revocationem donationis, de qua agimus, rei perſecutionem continere. Quo fit, ut contraria de cauſſa ſtatui debeat hanc revocationem ad heredes transire, si donator voluntatem mutaverit.

XI. Sane in *L. his ſolis*, *C. de revoc. donat.* ita matri donatrici actio datur ad revocandam donationem ab ingratis liberis, ut abſolute & nominatim denegetur eius heredi. Quod cum fit, nunquam actio ita conſtituta ad heredem eius, cui competebat tranſmittitur ullo facto, ullave teſtatione, ut in ius vocatione creditoris: ſed ita, si iudicio egerit, & litem cum adverſario sit conteſtatus. Argumento eſt actio iniuriarum, quæ, ut dixi, heredi denegata legibus, ideo non aliter transit ad heredes, quam si erit lis eo nomine conteſtata. *d.* §. 1. in fin. *Inſtit. de perp. & temp. act. L. iniuriarum*, 28. *de iniur.* Sed hoc in *d. L. his ſolis.* ſingulari iure conſtitutum eſt in matre: id eſt ita conſtitutum, ut proprium eſſet matris, nec pertineret ad alios donatores. Sic enim verba ſunt legis: *actionem vero matris ita perſonalem eſſe volumus, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.* Si vellet lex commune ius eſſe, ineptum fuit ius nominatim ad matrem donatricem referri, quod ad omnes donatores ex æquo pertineret. Nunc autem ait lex, actionem autem matris [illegible], ut hac adiectione aliorum donatorum de eadem re actionem removeret. Et ut quis dicat fortaſſe auctorem id non ſpectaſſe: tamen hoc tenebimus, cum id ius conſtitutum ſit nominatim tantum in matre, ſitque contra rationem iuris communis, quod eſt de tranſmittendis actionibus, eſſe ius eiuſmodi, quod non ſit producendum ad conſequentias, etiamſi maxi-

maxime concederemus in donatorum extraneorum heredibus eamdem rationem aut maiorem efficere, ut his citius actio denegetur; utpote quibus minus debuerit donatarius natura. *L. quod vero*, *D. de legib.* Sed tamen ne ſimilitudo illa rationis hic nos teneat; propriæ ſunt in matre rationes, cur revocatio denegetur eius heredibus, quæ huius heredes recte diſtinguant a cæterorum donatariorum heredibus. Una ex affectu matrum petita. Nam cum ſit naturalis & vehemens amor matrum erga liberos, ut ante dixi, veriſimile eſt, eas niſi revocaverint efficaciter donationem, aut litem conteſtando novam actionem ſibi quæſierint, morientes malle donatum apud filium quanvis ingratum manere, quam transferri forte ad extraneos. Sive quod illo amore cogente facile exiſtimari poteſt iniuriam remiſiſſe filio mater; ſive quod nemo videtur alienas ſucceſſiones ſuis anteponere. *L. cum acutiſſimi*, *C. de fideicom.* Altera ratio eſt, quam lex ipſa ſuperior ſibi propoſuit. Quam enim actionem ad revocandam donationem matri dedit, ita dedit, ut vellet eam vindicationis effectum habere in revocanda donatione. Conſequens igitur fuit, ut eamdem effectum conſtitueret in ea actione tranſmittenda. Is autem eſt inter cætera, ne daretur heredi, ſicuti nec datur vindicatio.

XII. Matre ergo donatrice excepta conſtitutum hoc erit in omnibus donatoribus, ut quomodocumque teſtatus erit donator poſt ingratitudinem donatarii ſe pœnitere donationis, & donationem voluntate revocare, ſive id faciat ultro agendo iudicio, ſive extra iudicium nulla conſtituta actione, exinde revocandi poteſtas etiam tribuatur donatoris heredibus. Quo loco quæſitum ſcio, an ad hanc pœnitentiam, & revocationem probandam ſufficiat interveniſſe inimicitias capitales, vel graviſſimas inter donatorem & donatarium, ut hæ ſolæ ſine alia teſtatione ſint argumentum mutatæ in donatore voluntatis, & donationis revocatæ, ſitque hoc ſatis ad transferendam ad eius heredes actionem. Et in legatis putantur ſufficere eiuſmodi inimicitiæ, cum inter teſtatorem & legatarium interceſſerint, ut exiſtimetur teſtator mutata voluntate legatum ademiſſe. *L. 3. §. ult. D. de adim. leg. L. ſi inimicitiæ*, *D. de his quæ ut. ind.* Quod [3] non item probandum eſt in ea revocatione, de qua quærimus. Prohibet enim Iuſtiniani conſtitutio, quæ poſt ingratitudinem donatarii exigit amplius ad revocationem tranſmittendam, ut donator non tacuerit, ſed inſtituerit querelam ingratitudinis. Quod ſi ex ipſis inimicitiis intelligeretur ſtatim revocata eſſe donatio, nihil illa nova teſtatione, & querela eſſet opus, ſed tacente etiam donatore tranſiret revocatio ad heredes: quoniam non potuit magis donatarius declarare inimicitias, quam pleriſque factis ſuperioribus, quæ poſuit Iuſtinianus inter cauſſas huius revocationis. Hoc autem contra conſtitutionem. Et certe alia cauſſa eſt ſupremæ voluntatis, in qua nihil turpe fit a teſtatore, ſi quovis modo legatum revocetur; cum natura ſua ita ſit ſuprema voluntas, ut ſit ambulatoria uſque ad ſupremum vitæ ſpiritum. *L. 4. D. de adim. leg.* Alia cauſſa donationis inter vivos, quæ ab initio voluntate donatoris perfecta ſine aperta voluntate donatoris revocari ab heredibus eius non debet, utcumque donatarius in illum ingratus fuerit.

CAP.

3) Diſſ. poſt alios Mozz. de Donat. Cel. alt. n. 14.

C A P. XXX.

Quæ donationis revocatio non poteſt incipere a donatoris heredibus, eam ſic donatori revocanti tribui, ut ei non ſolum incipere poſſit adverſus donatarium, ſed etiam eo nondum mutata donatoris voluntate mortuo, adverſus eius heredes. Unam cauſſam eſſe, in qua hæc revocatio pariter detur ab initio & donatoris heredibus, & donatori adverſus donatarii heredes. Eam eſſe, cum quid nominatim donatum eſt ob cauſſam, ut donatarius quid faceret, aut non faceret, & cauſſa ſecuta non eſt.

An ſi vivente donatario tacuit donator, poſſit mortuo ab heredibus revocare donationem. I.
Quæſtionis cauſſa & ratio. II.
Donatori liberum revocare quandocunque donationem, a donatario & ab heredibus: III.
Momenta definitionis. IV. VI. VII. VIII.
Contraria removentur. V. IX. X. XI. XII. XIII. XIV.
Superiorum collectio. XV.
Revocatio donationis ex quinta ingratitudinis cauſſa competit etiam heredi donatoris, & adverſus promiſſoris heredes. XVI.
Contraria diluuntur. XVII.

I. HÆc de heredibus donatoris. Videamus de donatarii heredibus. In quo hoc quæritur, an quemadmodum donationis revocatio non competit heredibus donatoris, ſi is dum vixit, tacuit, nec verbis atque animo revocavit donationem: ita ſi tacuit donatario vivo, nec tribuatur ei adverſus donatarii heredes: & in ſumma an quemadmodum heredi non datur, ſic nec detur in heredem.

II. Quæſtio anceps propter conſtitutiones de hac parte maxime parum dilucide atque adeo obſcure ſcriptas. Et quidem ita ſcriptæ ſunt, ut pleroſque omnes induxerint in hanc ſententiam, ut exiſtiment, ſi donator adverſus donatarium vivum querelam ingrati non moverit, nec dari ei querelam adverſus donatarii heredes, quaſi iniuria diſſimulatione eius abolita, ut fit in actione iniuriarum. §. *ult. Inſt. de iniur.* & quia iniuria cohæreat perſonæ. Hoc quidem pro explorato poſuit [r] Baldus ad *L.* 1. & *L. his ſolis*, *C. de revoc. don.* Salicetus ad *L.* 1. *eod.* Nec temere omnino. Ipſa enim verba conſtitutionum prima facie hoc ſtatuere videntur. Nam in *L. ult.* vertic. *ult. C. eod.* ita verba ſunt: *hoc tamen*, id eſt hanc revocationem donationis quam dedimus, *uſque ad primas perſonas tantummodo ſtare cenſemus*. Primas perſonas quas intelligat niſi eas de quibus ante continenter locutus erat Iuſtinianus? eæ autem ſunt donator & donatarius. Quod ſi extra has perſonas non progreditur revocatio; nempe hoc ſignificatur, non progredi ad heredes atque ita fieri, ut neque detur hæc revocatio heredibus donatoris, neque in donatarii heredes. Sed & in *L. his ſolis*, *eod.* diſerte ſcriptum eſt, hanc revocationem nec tribui heredi, nec dari in heredem. Accedit non improbabile hoc argumentum ſuperioris ſententiæ, quod conſtat hanc revocationem donatoris heredibus denegari. *L.* 1. *d. L. ult.* in fin. *C. eod.* Sequitur enim, ut dicendum ſit multo magis denegari in heredes: quia facilius detur aliqua actio heredi, quam in heredem, ut paulo poſt dicetur.

III. Nos autem potius ita ſtatuamus, donatoris quidem heredibus hanc revocationem non competere, ubi donator tacuit, quia hæc in donatoris gratiam conſtituta ſit: at donatori ipſi hac ipſa de cauſſa perpetuo dari dum vivit, non ſolum adverſus donatarium, ſed etiam adverſus eius heredes, quanvis vivo donatario ullam quæſtionem donationis non moveat.

IV. Huius ſententiæ complura ſunt argumenta, & ea certa, ſive rem ſpectari placet ex regulis iuris communibus, quæ conſtitutionibus in hac ſpecie non mutantur; ſive ex verbis conſtitutionum huc pertinentium; ſive exemplo ſimilium revocatio-

r) Et DD. communiter ref. Gomez. 2. *Reſol.* 5. n. 14. qui ſtatuunt actionem hanc deſcendere ex delicto ad vindictam.

eationum. Tot enim ſunt, ex quibus huius ſententiæ confirmatio ducitur. Primum illud prope exploratum ex regulis iuris certi. Omnis actio in perſonam rei perſecutionem continens ſimul ut in aliquem cœpit competere, etiam in heredes eius competit, tantumque in heredes denegantur, quæ ſunt pœnales. §. 1. *Inſtit. de perp. & temp. act.* Adeoque id verum eſt, & perpetuum, ut quanvis actio ſit ex delicto, ſi tamen rei perſecutionem tantum contineat, nihilominus detur in delinquentis heredes. Exemplo eſt condictio furtiva; quæ cum naſcatur ex certiſſimo delicto, nempe furto; tamen quia rei perſecutionem habet, etiam heredem furis obligat. *L. ſi pro fure*, §. *ult.* *D. de condict. furtiv.* Iam autem oſtendimus revocationem rerum donatarum, quæ perſequitur id quod nobis abeſt, rei perſecutionem continere. *L. in honorariis*, *D. de obligation. & action.* Quare in donatarium competens ſub ea conditione, quæ mortuo donatario impleri poteſt, nempe ſi donator voluntatem mutaverit, etiam hac conditione impleta in donatarii heredes competet ex regula ſuperiore. Cui regulæ congruit illa altera, qui in ius dominiumve alterius ſuccedit, iure eius uti debet. *L. qui in ius*, *D. de regul iur.* Id cum ita ſit, neceſſe eſt hoc ius etiam nunc poſt conſtitutiones poſteriores manere, niſi ſpecialiter ſit immutatum. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* At nuſquam poſterioribus conſtitutionibus excepti donatarii heredes, in quos hæc revocatio non daretur, præterquam in matre donatrice, in qua ius ſingulare eſt, ut poſtea dicetur. Quinimo cum de heredibus ageretur tum in *L.* 1. tum in *L. ult.* in fin. *C. de revoc. donat.* utroque in loco ſolum donatoris heredibus nominatim hæc revocatio adempta eſt, de donatarii heredibus nullum verbum; ut potius contra intelligamus, quæ prioribus denegatur, in poſteriorum perſona relinqui. *arg. L. cum prætor*, in princ. *D. de iud.* Quidquid id eſt, certe nuſquam in donatarii heredes denegatam donatori revocationem conſtat in ſuperioribus conſtitutionibus. Quo fit, ut etiam poſt has conſtitutiones ius commune in hac revocatione manere debeat.

V. Nec ad donatarii heredes adverſus regulas ſuperiores excludendos quidquam profuerint illa verba *L. ultim.* in fin. *C. de revoc. donat.* hanc revocationem *uſque ad primas perſonas ſtare* volumus. Nam ut concederemus his verbis contineri tam donatarium, quam donatorem, eoque iiſdem verbis excludi utriuſque heredes: tamen quia ambiguum & obſcurum id eſt, nec actione in donatarium conſtituta, excipiuntur exprimunturque ſpecialiter eius heredes: non eſt id ſatis, ut præter regulas iuris iſtos heredes exceptos intelligamus. Non enim a regulis veterum legum & conſtitutionum ita diſcedi placet, ſi quid deinde videri poſſit generaliter mutatum, ſed ſi quid contra expreſſum ſit ſpecialiter, ut ſunt verba *d. L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.*

VI. Sed & hæc ſententia ex ipſa conſtitutione Iuſtiniani attendenti liquido colligitur non uno modo. Primum in *extremo* de donatoris & donatarii heredibus loquens ita ſcribit: ſi donator tacuit, ut ſilentium nocuit vivo, ſic ſe nec heredibus eius revocationem concedere vel adverſus donatarium, vel adverſus eius ſucceſſores. Ergo ſi donator non tacuit, ſed querelam inſtituit, hæc revocatio ex his ipſis verbis heredi datur, & multo magis donatori ipſi ſi adhuc vivat, idque & adverſus donatarium, & adverſus ſucceſſores eius. Dixi paulo ante hanc collectionem ut neceſſaria eſt ex vi deficientis conditionis, ita uſitatam eſſe omnibus iuris auctoribus. Videndum deinde, quomodo tribuatur hæc revocatio donatori *eadem lege* in vertic. *ex his enim*. Nempe generaliter, ut fiat ei poteſtas ſimpliciter evertendæ donationis, nec adiicitur quamdiu, aut adverſus quem. Unde intelligimus fieri ei poteſtatem donationis revocandæ quamdiu vivit, & adverſus omnes ad quos pervenerit donatio. Proinde & adverſus donatarium, & adverſus heredem eius, qui in eam donationem ſucceſſit. *argum. in d. L. metum*, 9. §. 1. *D. quod metus cauſ. L. item veniunt*, §. *petitam*, verſic. *a quo*, *D de hered. pet.* Dicet aliquis, hoc ita eſſe, niſi poſtea excludantur eadem lege donatarii heredes. Excipi autem illis verbis, cum iubet conſtitutio hanc revocationem ſtare uſque ad primas tantum perſonas. Sed his verbis aut non continetur donatarius, aut ſi quis contineri putat, non tamen excluduntur eius heredes, quominus donator vivus & non tacens recte adverſus eos experiatur. Ut paulo poſt oſtendemus, cum de eo loco reſpondebimus ex profeſſo.

VII. Tertio loco expendatur, & illud, quod ſcribit Iuſtinianus de heredibus *extremo loco*. Nam cum prius dediſſet revocationem donatori adverſus donatarium, reſtabat niſi quid exciperet de horum heredibus, ut intelligeremus eamdem revo-

Digitized by Google

cationem dari & heredibus, & in heredes, iuxta regulas iuris. De eo ergo cum ageret in *extremo*, quos hic excepit heredes? donatoris ſolum, quibus hanc revocationem ſe concedere negat: de donatarii heredibus in quos non daret, ſiluit. Vel hoc certiſſimum argumentum eſſe debet, quam revocationem heredibus ademerat, hanc illum relinquere in donatarii heredibus, quam det donatori adverſus illos. Sive quod cum ex pluribus perſonis in quibus de eadem re his concedenda, aut deneganda agitur, quibuſdam quid adimitur, recte placet cæteris id conceſſum videri. *L. cum prætor*, in pr. *D. de iud.* Sive quod qui ex regula generali præcedente ſpeciem unam excipit, is exceptione ipſa regulam aperte confirmat in caſibus omnibus non exceptis. *L. quæſitum*, *§. idem reſpondit domo inſtructa. D. de inſt. & inſt. leg.*

VIII. Poſtremo ſpectetur & ratio Iuſtiniani, cur velit ius eſſe donatori ex ſupra ſcriptis cauſſis ingratitudinis donationem revocare. *Ne ſit*, inquit, *cuiquam licentia & alienas res capere, & frugalitatem irridere donatoris, & ipſum inſuper donatorem ſuaſque res perdere, & præfatis malis ab ingrato acceptore affici*. Quid horum non convenit in heredem donatarii res donatas donatori reddere recuſantem ſi iure licet ei hoc facere? Sic enim & alienas res capiet, quæ per donatarium ad eum pervenerunt, & donatorem æque irridebit, atque defunctus ipſe irrideret. Quinimo id etiam faciet ex perſona donatarii: ad quem niſi prius perveniſſet donatum, non perveniret ad eius heredem, eoque nec donatoris ab herede irridendi occaſio. Simul donator eodem afficietur damno, & quam prius accepit a defuncto iniuriam, ea manebit. Cur dubitemus igitur ad quos legis ratio pertinet: ad eos etiam legem pertinere? *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Dabitur ergo donatori revocatio donationis adverſus donatarium, ex ſuperiore ratione; & quia eadem valet adverſus donatarii heredem, etiam adverſus hunc dabimus, ne fiat, quod lex adverſus donatorem fieri noluit. Quod ſi exemplum huius ſententiæ quæritur, eſt expoſitum in donatione inter virum & uxorem. Nam & eius donationis revocatio denegatur heredibus donatoris, itidem ut huius noſtræ. Ipſi tamen donatori quamdiu vivit, datur etiam adverſus donatarii heredes. *L. cum hic ſtatus*, *§. ſi divortium. D. de donat. int. vir. & uxor.* Quidni & ea de qua agimus, quando hæc eadem conditione datur donatori, & eodem ſilentio confirmatur?

IX. Sed opponuntur huic ſententiæ tria illa, quæ attigi initio; de quibus iam reſpondebo ordine. Et in primis qui contra ſentiunt, urgent illa verba, *d. L. ult.* verſ. ult. *de revoc. donation* Hoc, id eſt hanc revocationem donationis, quam donatori dedimus, volumus ſtare uſque ad primas tantum perſonas.

X. Primas perſonas multitudinis numero cum dixerit, non poſſumus intelligere niſi plurium perſonas, & eorum de quibus prius locutus erat. Ergo non donatoris ſolius, ſed & donatoris & donatarii, quos paulo ante nominaverat. Hoc autem ſtare videlicet hoc beneficium uſque ad primas tantum perſonas, nihil aliud eſt, quam ad heredes, quæ ſunt ſecundæ a defuncto perſonæ, non pervenire. Quod ſi ita eſt, excluduntur aperte his verbis ut donatoris, sic donatarii heredes, fitque hoc modo, ut quemadmodum non tribuitur hæc revocatio donatoris heredi, sic nec detur in heredes donatarii. Quem locum etsi prius attigi: tamen quia de eo ſibi plane ſatisfieri volunt, qui eo utuntur, dicam explicatius, quod ad eam rem conferatur. Hic vero nobis duplex reſponſio eſt. Primum hæc verba, uſque ad primas perſonas, ambigua eſſe, ut ante indicavi. Poſſunt enim sic accipi ut modo dicebamus, & quidem, ſateor maxime prioribus verbis convenienter, ut sit, uſque ad primas perſonas donatoris & donatarii. Sed poſſunt etiam accipi hoc modo, ut non minus recte retineatur numerus pluralis perſonarum, ut sit, uſque ad primas perſonas donatorum, & eorum quibus revocationem donationis dedimus. Hæc ambiguitas si explicatur ſequentibus verbis legis, & ibi ad perſonas donatorum reſtringitur, hanc ſolum ſententiam & interpretationem ſequi debemus, ut faciendum eſſe docemur in *L. utrum*, *D. de her. pet.* Quippe in ambiguo ſermone non utrumque dicit, qui loquitur, ſed id tantum quod voluit. *L. 3. D. de reb. dub.* Non aliunde autem voluntas loquentis melius perſpicitur, quam ex ſequentibus, quæ explicationis vice ſubiici ſolent.

XI. At manifeſtum eſt in *eodem verſu extremo ejuſdem L. ultim* Iuſtinianum dum priorem illam ſententiam de primis perſonis explicare vult, detrahere tantum revocationem donatoris ſucceſſoribus: de donatarii heredibus, ut adverſus eos donatori ipſi deneget, nullum verbum facere. Ex quo apparet, cum ſuperioribus

ver-

verbis primas perſonas tantum donatorum intellexiſſe, ut quorum heredibus nominatim revocationem adimeret: donatarii autem perſonam non intellexiſſe, adverſus cuius heredes revocationem non adimendo aperte adverſus eos reliquerit. Sed etſi nihil adiiceretur in lege Iuſtiniani; ſententiæ generalis & ambiguæ explicatio ex aliis locis recte peteretur. Qualiſcumque eſt enim generalis conceſſio aut denegatio, ea ſic accipi iubetur, ne pugnet cum aliis partibus & regulis iuris. *L. ſi quando*, in pr. *C. de inoff. teſt. L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* At in *L.* 1. *C. eod.* tantum hoc ius revocandi iubetur ſtare inter ipſos qui liberalitatem dederint. Quo dicto non adimitur ipſis adverſus donatarii heredes. Sed & regulæ iuris actione in donatarium conſtituta etiam dant actionem in heredes. His poſterior conſtitutio generalis non derogat, niſi quatenus ſpecialiter contra quid expreſſum eſt. Ut ante diximus *d. L. præcipimus*. Demus tamen ſuperiora verba accipienda eſſe de primis perſonis donatoris ſimul & donatarii. Hic altera noſtra reſponſio eſt, eaque non paulo tutior, non ideo his verbis effici, quominus donatori ipſi perpetuo dum vivit revocatio tribuatur, cum adverſus donatarium ingratum, tum mortuo eo adverſus eius heredes. Quod enim Iuſtinianus iubet revocationem ſtare uſque ad primas tantum perſonas, non ſimpliciter iubet, ſed ſub conditione quam poſtea ſubiicit, ſi donator ſcilicet tacuerit. Huius conditionis hanc vim eſſe, iam ſatis ſupra oſtendi, ut si donator non tacuit, tum ſtare non debeat revocatio intra primas perſonas, ſed progredi etiam ad perſonas heredum. Proinde si donator non tacuit, vis hæc eſt, ut dari debeat revocatio ex ipſa conſtitutione & heredi eius, & ei ipſi multo magis adverſus donatarii heredes. Porro quandiu vivit donator, & revocat donationem, ſive id faciat adverſus donatarium, ſive adverſus heredes donatarii, ſemper verum eſt eum non tacere. Quare impleta conditione legis etiam ei adverſus donatarii heredes revocatio ſemper dabitur. Neque ei oberit, quod forte tacuit donatario vivo. Non enim erat hæc conditio, ſi donator taceret aut non taceret adverſus donatarium viventem; ſed ſi taceret aut non taceret ſimpliciter, ut ſunt verba conſtitutionis.

XII. Secundo loco opponitur. *L. his ſolis*, verſ. *actionem*, *C. eod.* ubi in donatione matris diſerte denegatur donationis revocatio heredi pariter & in heredem; heredi quidem matris donatricis, & donatrici ipſi in heredem donatarii. Et eſt ita, ut hoc in matre ita conſtitutum eſſe negari non poſſit. Sed quod de revocatione heredi matris donatricis denegata ſupra diximus; hoc idem de eadem matri ipſi adverſus heredes donatarii denegata volumus intelligi; tntum hoc ius videlicet ſingulare eſſe in matre, conſtitutum adverſus rationem communem iuris, quo actiones rei perſecutionem continentes & heredi dantur, & maxime ipſi creditori in debitoris heredem, cum ſint actorum cauſſa comparatæ. Idcirco & matris revocationem in hac cauſſa exceptam videri debere ex numero reliquorum donatorum, & quod ius hic conſtitutum eſt, ut ſingulare non eſſe producendum ad conſequentias. *L. quod vero. L. ius ſingulare*, *D. de legib.* Ac cur denegetur heredibus matris hæc revocatio, minus mirum poteſt videri. Nam quæ actio comparata eſt matris cauſſa iniuriam paſſæ, nulla iniuria eſt, ſi vetatur ad alios pertinere, qui idem paſſi non ſunt. At hoc non videtur carere iniuria, ſi ipſi matri quæ iniuria affecta eſt, quandiu vivit, denegetur hæc actio quanvis adverſus filii ingrati heredem: cum nullus ſit favor heredis, cur actio alioqui non pœnalis adverſus eum denegari debeat. Sed hoc eo iniquius, ſi cæteris donatoribus non denegetur hæc actio adverſus donatarii heredes, ut volumus; matri ſoli denegetur adverſus heredes filii; cum fuerit æquius matri conſuli adverſus filii iniuriam, qui adverſus pietatem delinquendo, gravius multo crimen admiſit. Sed & huic parti idem ille vehemens ac ſingularis amor matris in liberos cauſſam dediſſe recte putetur. Nam ſi in delicto iniuriæ exiſtimatur is, qui iniuriam paſſus eſt, niſi adverſus delinquentem egerit, & litem conteſtatus erit, iniuriam quodammodo diſſimulatione aut ceſſatione ſua aboleviſſe, quo fiat, ne detur in heredem. *§. ult. Inſt. de iniur. §.* 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* multo proclivius eſt exiſtimari matrem ſuperiore amore victam libenter & ex animo idem feciſſe in ingratitudine filii, ſi priuſquam litem de ingratitudine cum eo conteſtaretur, ille deceſſerit. Quo facto ſequitur, ut in heredem filii dari non debeat. Huc accedit ratio *d. L. his ſolis*, quæ præcipue adverſus heredes filii valet. Nam cum voluerit lex actionem matris quam ei ad revocandam ab ingrato filio donationem dedit, ita perſonalem eſſe,

ut tamen poſt iurgium cœptum haberet effectum [2] vindicationis: conſequens fuit & illud maxime, ne ei daretur in heredem: quoniam vindicatio quæ adverſus poſſeſſorem ſolum comparata eſt, adverſus heredem niſi & ipſe poſſideat, ante litem cum defuncto conteſtatam competere non poteſt. *L. ſi in rem*, 42. *L. ſi in rem*, 51. & *L. ſeq. D. de rei vind.*

XIII. Poſtremo ut exiſtimetur hæc revocatio in univerſum nec dari donatori ipſi adverſus donatarii heredes, ſatis argumenti videri poſſit eſſe in eo, quod heredi donatoris non datur. Facilius enim datur actio heredibus, quam in heredes, tanquam illud minus ſit, hoc maius eoque & difficilius. Indicio ſunt actiones pœnales: quæ omnes dantur heredibus excepta iniuriarum actione: at nullæ dantur in heredem. §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Quare ſi qua actio heredi non datur, conſentaneum eſt multo minus in heredem dari. Nam cui denegatur quod minus eſt, multo etiins denegatur quod eſt maius. Denegatur revocatio donationis heredibus donatoris. Denegetur igitur etiam donatori adverſus heredes donatarii. Sed in hac argumentatione neque verum eſt quod ſumitur, nec ſi verum ſit, & efficiat quod vult, quidquam adverſatur. Primum illud verum non eſt, maius eſſe heredi actionem dari, quam in heredem. Imo par utrumque & ex una eademque cauſſa naſcitur. Quæ actio defuncto competierat, ea datur heredi: quia heres in ius defuncti ſuccedit. Quæ competierat in defunctum, datnr in heredem: quia eodem ſucceſſionis iure heres ut in incommoda, ſic in onera & incommoda hereditaria ſuccedit. *L. heres in omne*, *D. de acq. her* L. 1. 2. 3. *D. de bon. poſſ. L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Ideo quæ rei perſecutionem continent, ex æquo ut heredi, ita & in heredem competunt. §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Cur ergo pœnalis actio heredi datur, non datur in heredem? Non utique quia hoc maius & difficilius, quam illud: ſed quia cum pœna conſtituatur coercendi delinquentis cauſſa: *L. ſi pœna*, *D. de pœn. L. aliud eſt fraus*, *D. de verb. ſignif.* Non eſt æquum heredes pœna teneri, qui ipſi nihil deliquerunt. *L. pen. D. de oper. nov. nunt. L. ſancimus. C. de pœn.* Remove pœnam & delictum, tum par ius in utramque partem repereris, ut in actionibus rei perſecutionem continentibus accidere ante diximus. Quod ſi etiam in his comparationem aliquam maioris aut minoris admitti placet, videamus ne dicendum ſit potius, minus eſſe & tolerabilius actionem denegari heredi, quam in heredem. Nam ut paulo ante attigimus, nulla admodum iniuria eſt donatoris, creditorıſve, si heredi eius denegatur actio, quæ non heredis, ſed defuncti cauſſa comparata erat. At ſit illi iniuria, si quam actionem æquum erat illi dari, ea quandoque ei dum vivit, denegetur nullo facto ipſius amiſſa. Id autem ſit, si illi vivo denegetur in donatarii heredem.

XIV. Sed volo totam argumentationem admitti, & recte ita colligi, quæ revocatio in propoſito denegatur heredi donatoris, hoc ipſo etiam in heredem donatarii denegari debere. At concedent omnes hoc ita accipi debere, dum qua conditione denegatur heredi, eadem denegetur & in heredem. Ut hæc in denegatione iſta recte comparentur. Hac vero conditione admiſſa, etiam argumentum pro nobis facit. Denegatur enim hæc revocatio heredibus donatoris hac conditione, ſi donator tacuit. *d. L. ult.* in fin. *de revoc. donat.* Quo effici oſtendimus, ſi non tacuit, eandem revocationem tribui heredibus. Quapropter hac eadem conditione dicendum fuit denegari etiam donatori in donatarii heredes, ſi videlicet donator ipſe tacuit. Quod ſi non tacet, iam ſnb contraria conditione ei perpetuo concedi. Atqui hoc poſito, fieri non poteſt, quin volenti ei ſemper detur adverſus heredes. Quandocumque enim donator adverſus eos agere volet, & querelam revocandæ donationis inſtituere, ſemper conſtabit eum non tacere, atque ita implere conditionem lege conſtitutam, qua illi donationem revocare conceditur. Non enim, ut dixi, hoc illi ita permittitur, ſi non tacuit vivo donatario, ſed ſimpliciter ſi non tacuit.

XV. Summa igitur iam ſit hæc de donatoris, & donatarii heredibus, quando illis & adverſus hos detur aut denegetur donationis revocatio ex ſupra ſcriptis cauſſis: donatoris heredibus revocationem hanc non tribui, niſi donator vivus mutaverit voluntatem. Hac ante mutata li-

cet

2) Cuiac. 4. *Obſ.* 19. vox *vindicationis* exponit id eſt vindictæ ultionis, quia mater iniuriam ſuam ulciſcatur potius quam rem perſequatur. Notatus ab A. Gentile 1. *Epiſt. & Lect.* 18. quia nunquam ita in toto Codice nec Digeſtis ſumitur. Adde quod oppoſitio ibi actionis in perſonam & vindicationis. Quæ vero ad vindictam datur itidem eſt in perſonam; Sic igitur ſpecies generi opponeretur.

cet extra iudicium, revoeandi poteſtatem ad heredes tranſire. Ac donatori ipſi quamdiu vivit, revocandi ius eſſe etiam adverſus donatarii heredes, quanvis vivo donatario tacuerit. Unam matrem donatricem in hac re excipi, cuius actionem placet nec dari in heredem, nec tribui heredi ſine ulla conditione in *d. L. his ſolis*.

XVI. Sed meminerimus hæc de heredibus donatoris & donatarii tunc locum habere, cum donatio revocatur ex iis cauſſis ingratitudinis, quæ conventionem faciendi adiunctam non habent, quales ſunt priores illæ quatuor enumeratæ conſtitutione Iuſtiniani, qualis in liberto obſequiorum erga patronum neglectus, de quo in *L. 1. C. eod.* Quod ſi quid donatum ſit nominatim hac lege, ut donatarius quid faceret, & is facere noluerit, quam quintam ingratitudinis cauſſam poſuit Iuſtinianus: dixi initio in cauſſis ingratitudinis exponendis. Et hic explicandi locus eſt, ex hac cauſſa condictionem eſſe ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. *L. 2. L. 3. L. dictam, C. de cond. ob cauſ. dat.* De hac cnndictione ſciamus hoc ius eſſe ut quemadmodum in rebus aliis datis ob cauſſam permutationis cauſſa, ſic in rebus quoque ob cauſſam donatis detur [3] heredibus donatoris. *L. 2. C. de cond. ob cauſ. dat. L. cum veterum. C. de donat. propt. nupt.* Eademque detur adverſus heredes donatarii. *L. dictum*, in fin. *C. de cond. ob cauſ.* Et vero ſi id ius eſt in iis omnibus, qui ob cauſſam quid dederunt, multo magis valere in rebus ob cauſſam donatis: quia quo magis gratuitum beneficium eſt, eo indignior ingratitudo donatarii, quæ beneficium retineat. Quapropter etiam in donatione materna idem dicemus, ut ſi quid donaverit filio forte hac lege, ut ſe aleret, & ille cum poſſet non aluerit, non ſolum detur matri donati repetitio adverſus heredes filii: ſed etiam matre cum ſilentio mortua detur matris heredi: tametſi in *d. L. his ſolis* nominatim huius heredi denegetur revocatio, & matri ipſi denegetur in filii donatarii heredes. Hnc enim illic nominatim denegatur, cum revocatur donatio propter ingratitudinem, ut initio eius legis cautum eſt. Nunc autem ſuperiore conventione donationi impoſita, ſi ei non paretur, revocatur donatio propter conventionem, qua etiam id actum eſt, ut ob cauſſam datum redderetur cauſſa non ſecuta. *L. ſi extraneus, D. de cond. cauſ. dat.* Sic porro eſt conventio legitima omnis, ut eius petitio detur heredibus creditoris, & detur adverſus promiſſoris heredes. *L. viæ, 17. D. de ſervit. L. heredes, §. an ea, D. fam. erc. L. ſi pactum, D. de probat.*

XVII. Dicet aliquis, ſi hic propter conventionem donati revocatio eſt, male Iuſtinianum, qui ſuperiorem cauſſam revocationis inter ingratitudinis cauſſas retulit. *d. L. ult. de revoc. donat.* Quod ſi ille recte, nos male, qui eam cauſſam alio referimus. Immo recte utrumque, ut iam ſupra in explicatione harum cauſſarum reſpondimus. Cum enim legem donationi dictam donatarius non implet, cum poteſt, duæ ſunt hic cauſſæ ad revocandam donationem, ingratitudo donatarii, & conventio. Qua ingratitudo eſt, recte refertur hæc cauſſa inter cauſſas ingratitudinis, & ad hunc locum pertinet revocatio. Qua conventio ſpectatur, aliena ab ingratitudine revocatio eſt, pertinetque ad condictionem ob cauſſam datorum cauſſa non ſecuta. Quo & relatam videre eſt in *L. 2. L. 3. L. dictam, C. de cond. ob cauſ.* Sed huic diſtinctioni obſtare videntur verba *d. L. ult. C. de revoc. donat.* Nam cum Iuſtinianus initio eius legis enumeraſſet quinque cauſſas ingratitudinis, ex quibus donationis revocationem daret, inter quas nominatim poſuiſſet quintam iſtam, quæ ex conventione donationi impoſita naſcitur: de his omnibus poſtea ita cavet, ut ex his tantummodo velit eſſe ius revocandæ donationis. Mox in *extremo* ſubiicit, *hoc tamen*, ideſt iſtam revocationem, quam ex ſupra ſcriptis omnibus cauſſis conceſſerat, ſe velle ſtare uſque ad primas tantum perſonas, ita ut eam deinde nominatim deneget heredibus donatoris. Quibus verbis aperte etiam ex ſupra ſcripta quinta cauſſa ingratitudinis revocationem heredibus adimit. Et hoc ita eſt. Denegat Iuſtinianus heredibus etiam ex hac cauſſa revocationem, ſed quatenus ex hac cauſſa revocatur donatio tanquam ex cauſſa ingratitudinis. Quod ſi revocabitur tanquam ex conventione, quod facere expedit heredibus, hic iuri communi locus erit. Nec impediet Iuſtiniani conſtitutio, quæ de ingratitudine loquitur, non de conventione. Nihil autem vetat eiuſdem rei concedendæ, aut denegandæ plures eſſe cauſſas, quarum una ſublata, nihil-

3) Si tamen conventiones heredes quoque reſpiciant, non ſi donantis perſonæ cohærent, veluti ut alatur, hoſpitio recipiatur, &c. Nam ſi id non præſtitum donanti remiſiſſe videtur, dum non exegit. Connan. 9. *Comm.* 10. n. 2.

nihilominus altera uti liceat. Defenditur iuſiurandum propter religionem: ſed defenditur & propter conventionem. *L. ſed etſi ſervus, D. de iur.* Sic & contra improbatur factum donatarii legi dictæ non parentis, propter ingratitudinem quidem, ſed non minus & propter conventionem, ex qua ius ſemel donatori quæſitum invito poſtea aut heredi eius adimi non poteſt. *L. ult. D. de pact. L. pen.* in fin. *D. quæ in frand. cred.*

CAP. XXXI.

Ex cauſſa ingratitudinis ſemper eſſe donationis revocationem adverſus ingratos etiam rebus a donatario ante litem motam alienatis, præterquam matri donatrici adverſus liberos. Tum quæ ad res donatas repetendas ex hac cauſſa ſit actio. Hanc non vindicationem, ſed condictionem eſſe. Eam ex obligatione eſſe; obligationem ex contractu; Contractum ex genere eorum qui re fiat: Cui detur; Adverſus quem; Quid in eam veniat.

Rerum nexus, & continuatio. I.
Falſo plerique putant ab ingrato donatario revocari poſſe res donatas, ſi poſſideat: ſecus ſi deſiit poſſidere. II. III. IV. V.
Exceptio. VI.
Actio donatori prodita ad donationem revocandam ex ingratitudinis cauſſa non eſt in rem actio. VII.
Exceptio duplex: Et quæ utraque. VIII.
Refellitur Accurſius. IX.
Quæ proximæ definitionis utilitas. X.
Actio illa eſt in perſonam. XI.
Ideo ex obligatione, obligatio ex contractu; & hic ex iis qui re perficiuntur. XII.
Ex contractu quin ſit minime dubitandum; & quare. XIII.
Refelluntur obiecta, & definitionis ratio illuſtratur. XIV.
Actio iſta quæſita donatori eidem competit, eiuſque heredibus adverſus donatarium, eiuſque heredes; & quare. XV.
Exceptio unica & qualis. XVI.
Brevis eorum enumeratio, quæ in hanc actionem veniunt. XVII.

I. Quibus ex cauſſis ingratitudinis ſit donationis revocatio, ex his cauſſis ut non ſit infirmatio ipſo iure, ſed revocatio iure conceſſa, tum quibus & adverſus quos hæc revocatio conceſſa ſit, expoſuimus tribus locis præcedentibus. Quartus erat locus, ut quæreremus, an ex ſuperioribus cauſſis, & in iis perſonis quas diximus [1] ſemper eſſet hæc revocandi poteſtas.

II. Hoc ideo quærimus, quia plerique putant hanc revocationem donatori quamvis revocare cupienti competere ſub conditione, ſi quo tempore ingratitudinem admiſit donatarius, vel quo tempore cum eo agitur ad revocandam donationem, reperiatur ipſe res donatas poſſidere. Quod ſi ante eas res vendiderit, donaverit, permutarit, vel quo alio modo alienaverit, eum amplius non teneri. Falſa ſententia; ſed tamen iuſtus error. Errori cauſſam præbuerunt verba *L. his ſolis, de revoc. donat.* ubi ita ſcriptum eſt: *ceterum quæ ante inchoatum cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data ceteriſque cauſſis legitime alienata ſunt, minime revocamus.* Quæ verba ſic acceperunt, non revocamus a liberis ingratis, iiſdemque donatariis. In qua ſententia eſt Baldus eo loco, quam & pro explorata poſuit. Et ne videretur non certum poſuiſſe, addidit hanc rationem non dubiam, quin ex regulis iuris ſumptam; quæ legitime geſta & perfecta ſunt, nullo ſuperveniente facto, ac ne delicto quidem infirmari. *L. in ambiguis pro dotibus, D. de reg. iur. C. factum, extr. eod.* Qui cum animadvertendus ſit error, & tamen facile capere poſſit incautos, putavi locum nobis attin-

[1]) Quid ſi pactum iuratum de non revocanda donatione ob ingratitudinem adiectum? Revocationem impediri tradunt, quos refert & ſequitur Beuſth, *ad L. 1. de iurei. n.* 189. add. Io. Gutierez. *de iuram. confirmator. P. 1. Cap. 10. n. 6.* Quod non probandum, quia pactio hæc qua dolus committendus remittitur, aperiturque licentia ingratitudinis committendæ, iureiurando firmari nequit. Ex qua ratione Gomez. 2. *Reſolution.* 4. *n.* 14. non poſſe huic iuri renunciari, ſcribit.

attingendum, ne & ipſi in eundem errorem incurreremus.

III. Sic autem habendum omnino eſt donatarium poſtquam ſe ingratum præbuit, obligari ad res donatas reddendas iis, quibus eum teneri ſupra diximus, ſive res donatas adhuc poſſideat, ſive facto ſuo deſierit poſſidere. Id certis minimeque obſcuris argumentis demonſtratur. Nemo qui ad aliquid præſtandum obligatus eſt, ullo facto ſuo, puta interemptione, manumiſſione, alienatione rei debitæ, poteſt obligationem ſuam tollere, ſeu ſe liberare invito adverſario. *L. ſi ſervum*, 91. *§. nunc videamus*, *D. de verb. obl.* In quam ſententiam ſunt & illa: Culpa debitoris perpetuat obligationem. *d. L. ſi ſervum*, *§. ſequitur*. Ubi culpa accipitur, ſi ipſe rem debitam vel occidit, vel manumiſit, vel alienavit. *ead. L. ſervum* in pr. Item: debitor neque vendendo, neque donando, neque legando vel fideicommiſſum relinquendo conditionem creditoris ſui deteriorem facere poteſt. *L. debitorem*, *C. de pignor.* Et generale illud, ex quo ſunt ſuperiora; nemo omnino poteſt alterius conditionem facere deteriorem. *L. ſolvendo*, 39. *D. de neg. geſt.* *L. non debet alteri*, *D. de reg. iur.* Neque hoc ius valet tantum adverſus eos debitores, qui pure rem debuerunt, deinde eam alienant: ſed pertinet etiam ad eos qui debuerunt ſub conditione, & pendente conditione aliquid eorum, quæ ſupra ſcripta ſunt, in re debita fecerunt. Quandocumque enim exſiſtet conditio poſtea, retroverſus obligati intelliguntur non aliter, quam ſi obligatio a principio eſſet ſine conditione conſtituta, ut de iis omnibus quæ ante evenerunt, eodem modo teneantur. *L. neceſſario*, in pr. illic, *idem Pomponius*, *D. de peric. & com. rei vend.* *L. potior*, *D. qui pot. in pign. hab.* Iam vero donatarius donatori obligatus eſt ad res donatas reddendas, ſi ſe ingratum præbuerit. Indicat definitio obligationis. Is enim obligatus eſt, qui adſtringitur neceſſitate alicuius rei præſtandæ ex definitione *Inſt. de obl.* in pr. Hac neceſſitate rerum reddendarum obſtringi conſtat donatarium donatori ex conſtitutionibus ſuperioribus. Obligatus eſt igitur donatarius ad eas res præſtandas. Ex quibus efficitur eum nulla alienatione rei donatæ, nullo denique facto ſuo poſſe ſe ea obligatione liberare. Nec ad rem pertinet, quod ad eam præſtationem obligatus eſt ſub conditione ſi fuerit ingratus, & pendente hac conditione, id eſt ante ingratitudinem res donatas alienavit. Iam enim dixi idem iuris eſſe in eo, qui pendente conditione id faciat, quod in eo, qui cum pure deberet, idem poſtea fecerit. Argumentum huius ſententiæ non obſcurum in *L. ult. §. ſed quia*, & deinceps, *C. com. de leg.*

IV. Adde his, quod actio quæ donatori datur ad res donatas revocandas, eſt actio in perſonam, ut ſequenti loco dicetur. Nulla porro actio in perſonam exigit, ut debitor poſſideat rem debitam, quo poſſit eo nomine conveniri. Hic enim convenitur non res debita; ſed perſona: quæ ſive rem debitam habeat, ſive non habeat, ſemper hanc præſtare debuit. Proprium hoc eſt actionum in rem, ut ſolum his conveniatur, qui poſſident. *§. 1. Inſt. de act.* Inepte igitur exigatur in hac actione, ut donatarius res donatas poſſideat, quo de his recte conveniatur.

V. Poſtremo ſtatuere rebus ante ingratitudinem admiſſam alienatis donatarium liberari, ſententia eſt partim in fraudem ſuperiorum conſtitutionum, partim turpis & bonis moribus contraria. Proinde utroque nomine & falſa, & maxime repudianda. Primum in fraudem ſuperiorum legum. Etenim hac ſententia admiſſa, inventa erit ratio, qua impune donatarius iniuriam faciat donatori, eumque irrideat, nec ſit revocatio ulla donatori ob ingratitudinem. Nam donatarius improbus, qui meditatus erit animo iniuriam adverſus donatorem, facile ante iniuriam factam alienabit res donatas, ut his alienatis non teneatur. Sic deinde aggredietur facere iniuriam, quam animo conceperat. Ita fiet, ut dixi, ut nulla ſit revocatio donatori, quamvis ea paſſo, propter quæ conſtitutionibus revocatio conceditur. Quod eſt aperte adverſus id, quod ſuperiores leges fieri voluerunt, eoque in fraudem earum. *L. contra*, & *L. ſeq. D. de legib.* Certi autem iuris eſt, non minus improbari, quæ fiunt in fraudem legum, quam quæ fiunt aperte contra leges. *L. non dubium*, *C. de legib.* Eadem ſententia turpis eſt & contra bonos mores. Invitat enim donatarium ad delinquendum impunitate iniuriæ propoſita. Cuiuſmodi ſententiæ, ut pactiones omnes eodem genere turpitudinis laborantes, iure civili improbantur. *L. illud*, *D. de pact. dot.* Tenebimus igitur, quod dixi, donatarium ſimulatque quid admiſerit eorum, quæ in aliquam cauſſam ingratitudinis incurrunt ex ſuperioribus, donatori volenti & mutanti voluntatem teneri ad res donatas reddendas, ſive eas habebit,

ſive

ſive facto ſuo quandoque etiam ante ingratitudinem a ſe amiſerit. Et ſi res non exſtabunt, teneri, ut præſtet æſtimationem, quæ & ab eo peti poteſt. *L. in re furtiva, D. de cond. furt.* Quod ſi eadem iſta obligatione tenetur filius ingratus matri donatrici, non dubitabimus etiam huic adverſus filium ingratum eandem actionem dare, quamvis rebus iam multo ante a filio alienatis.

VI. Non debuit mutari hæc ſententia propter *L. his ſolis. C. de revoc. donat.* Verba integra hæc ſunt: *Quidquid igitur is qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, eo die, quo controverſiæ qualecumque principium iuſſu iudicantis datur, matri cogatur reddere. Ceterum ea, quæ ante adhuc matre pacifica iure perfecta ſunt, & ante inchoatum cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, ceteriſque cauſſis legitime alienata, minime revocamus.* Equidem hæc verba, minime revocamus, ſic accipi debere agnoſco, ut ſignificetur alienata minime revocari a filio. Prius enim Imperatores dederant matri donatorum revocationem adverſus filium, qui res ex donationis titulo tenebat. Nunc, eum per adverſativam negant ſe alienata revocare, neceſſe eſt intelligi, hoc ſentire eos, non ſe ea revocare a filio, qui iam res non tenet. Alioqui revocationem non adverſus filium, ſed adverſus poſſeſſores rerum denegando, nihil prioribus contrarium per adverſativam ſubiicerent. Sed apparet tota ea lege in matre donatrice donationem in liberos collatam ex cauſſa ingratitudinis revocante ius ſingulare eſſe conſtitutum. Primum illud, quod volunt, repetitionem matri non dari, niſi ex quo ab ea lis iudicio mota eſt ſaltem per in ius vocationem. Deinde quod mutata voluntate matris, & vocatione in ius ſecuta, ſi non longius lis proceſſit, denegant actionem matris heredibus, & donatrici ipſi adverſus donatarii heredes. Adde iam hoc tertium, quod ſi quid matre pacifica ante iurgium cœptum alienatum ſit, volunt ceſſare donationis revocationem. Si priora duo nova in matre ut ſupra oſtendimus, cur miremur & tertium nove in matre conſtitutum? Cur ergo in matre hoc quoque tertium? Propter affectum ſcilicet matris in liberos, quo victa facile exiſtimari poteſt, quamdiu illa nullam litem de ingratitudine liberorum inſtituit, remittere liberis iniuriam, ſaltem ad hoc ut his liberum ſit de rebus donatis ſtatuere, ut velint, ut proinde adverſus id, quod tacite promiſerit, poſtea veniens non ſit audienda.

VII. Reſtat poſtremus locus, ut conſtituta actione donatori ad revocandam donationem ex ſuperioribus cauſſis ingratitudinis, videamus quænam ſit hæc actio & cuius generis: ut norimus non ſolum quid contineat, ſed etiam quam recte ad hunc locum de obligationibus, quæ re contrahuntur, hæc tractatio a nobis referatur. In quo illud quæritur primum, ſitne in rem actio, an in perſonam. Tot enim genera actionum prima numerantur in *L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Inſt. de act.* Ex quibus quid interſit, utram dicamus, definitis iis quibus, & adverſus quos ſingulæ varie competant, ex iiſdem locis cognoſci poteſt. Ac primum illud ſtatuendum eſt, actionem ad revocandam ex ſuperioribus cauſſis donationem, in rem non eſſe. Id efficitur ſua ſponte poſitis iis, quæ ſupra ſecundo loco diximus. Oſtendimus enim etiam poſt ingratitudinem donatarii nihilominus eum dominum manere, qui prius fuerat, nec dominium in donatorem ipſo iure tranſire. Quod ſi verum eſt, donatori in hac ſpecie in rem actio ad res donatas perſequendas non poteſt competere. Hæc enim ſoli domino competit adverſus eum qui dominus non eſt, quando duo domini eſſe non poſſunt in ſolidum. *L. in rem, 23. D. de rei vind. L. ſi ut certo, 5. §. ult. D. commod.* Et hoc ſatis declarat Iuſtiniani conſtitutio, quæ revocationem concedit donatori adverſus donatarium: nuſquam adverſus rerum donatarum poſſeſſores, quod tamen proprium eſt actionum in rem. *d. L. actionum, de obl. & act. d. §. 1. de act.*

VIII. Animadverto tamen ſingulari iure in hoc genere ad revocandas res donatas duabus in cauſſis conſtitutam donatori utilem actionem in rem præter condictionem. Una eſt cum donator donavit ea lege, ut ſe donatarius aleret, neque aluit. *L. 1. C. de don. quæ ſub mod.* Altera, cum quid donatum eſt a ſponſo ſponſæ, aut a ſponſa ſponſo propter nuptias, & vivo donatario nuptiæ non ſunt ſecutæ. *L. cum veterum, C. de don. ant. nupt.* Quas etiam cauſſas duas in condictione ob cauſſam datorum attigimus, cum in his appareat quod donatum eſt, datum eſſe ob cauſſam ut aliquid ſequatur. Sed poſſunt huc etiam non male referri propter ingratitudinem quæ admiſſa eſt adverſus conventionem. Nam & hanc cauſſam revocandæ donationis numerat Iuſtinianus inter cauſſas ingratitudinis. *d. L. ult. de revoc. donat.*

IX.

IX. Enimvero his cauſſis exceptis, relinquitur in cæteris ius commune quod diximus, nunquam ex cauſſis ingratitudinis competere donatori actionem in rem ad res donatas a poſſeſſoribus revocandas. Non enim probandum eſt, quod Accurſius. *L. his ſolis, C. de revoc. donat.* etiam ex cæteris donationibus ad hanc revocationem utilem quoque vindicationem dedit exemplo donationis cauſſa mortis. In qua ad revocationem donationis & condictionem, & utilem in rem actionem dari legimus. *L. ſi mortis*, 29. *L. qui mortis, ſeq. D. de mort. cauſ. donat.* Non recte hæ donationes comparantur. Donatio ſimplex inter vivos ſemel perfecta nihil habet, quo veteri domino in iure dominii ante alienati ſine nova traditione quidquam tribuatur. Donatio cauſſa mortis habet. Comparatur enim legatis per omnia, ut quod in legatis iuris eſt, id in mortis cauſſa donationibus accipiendum ſit. *L. illud, D. de mort. cauſ. donat.* At legatum a teſtatore revocatum in bonis eius manet, tanquam nec alienatum. Quare & quod mortis cauſſa donatum eſt, ſi revocatum erit ex pœnitentia, redibit ita ad donatorem, ut in bonis quoque eius eſſe videatur; ſi non ipſo iure propter alienationem præcedentem iure perfectam: at utili, propter ſimilitudinem quam habet hæc donatio cum legatis. Ex quo & hic donatori actio in rem utilis, non directa. Cum nihil ſimile ſit in donatione inter vivos, male conemur ſuperioris donationis exemplo eandem actionem ad res inter vivos donatas revocandas transferre.

X. Conſtet igitur hoc iam, ad eam revocationem extra ſupra ſcriptas duas cauſſas actionem in rem non competere. Effectus animadverſione dignus. Nam ſi proponas res a donatario alienatas vel ante vel poſt ingratitudinem admiſſam, & is ſolvendo non ſit, res donatori perierint. Nam adverſus poſſeſſores extraneos nulla eſt ei actio, cum actionem in rem illi ademeris. Adverſus donatarium eſt in perſonam; ſed inutilis propter eius inopiam.

XI. Reſtat igitur, ut quoniam donatori actio eſt ad donationem revocandam, ſit genus alterum ex duobus, nempe actio in perſonam ſeu donati condictio: donatori videlicet quanvis non domino, adverſus donatarium heredemve eius, ſive is poſſideat ſive non: non etiam adverſus alios poſſeſſores rerum, quæ actionum in perſonam deſcriptio eſt. *d. L. actionum, de obl. & act.* Qualem & actionem hic conſtituit Iuſtiniani conſtitutio. *d. L. ult. de revoc. donat.* Sed & *L. his ſolis, C. eod* actionem aperte in perſonam eſſe oſtendit, non eo tantum, quod perſonalem vocat; poteſt enim & rei vindicatio ita dici, quia perſonæ agentis & eius cum quo agitur, cohæreat, nec tranſeat ad heredes aut in heredes: ſed ideo, quod eam actionem iubet vindicationis habere effectum in eo quod modo dixi de heredibus. Non diceretur vindicationis effectum habere, ut de directa & utili actione legimus in *L. actio, antep. D. de neg. geſt.* Quod ſi hæc actio vindicatio non eſt, id eſt actio in rem, in perſonam eſſe oportet, & uno verbo condictionem, ut nominatur in *d. L. 1. C. de don.* quæ ſub *mod.* Nam ut dixi, tot genera actionum non plura ſumma numerantur. *d. L. actionum, de obl. & act.*

XII. Quo conſtituto quæretur iam de genere & natura actionis. Genus ex cauſſa æſtimandum. Erit actio in perſonam eſt, conſtat eſſe ex obligatione, cum ſit omnis actio in perſonam adverſus eum qui nobis obligatus eſt. *d. L. actionum.* Quod ſi ex obligatione, erit etiam ex una aliqua harum quatuor cauſſarum, ex quibus obligationes naſci dicuntur, contractu, quaſi contractu, maleficio, quaſi maleficio. Videndum igitur, ad quod genus ex his recte referamus, de quo video parum liquere. Ne multis morer, ubi non eſt admodum neceſſe, quod initio de hac repetitione ſtatuimus, in eo & nunc permanemus, actionem hic eſſe ex obligatione; obligationem ex contractu & negotio geſto; contractum ex eorum genere in quibus re contrahitur obligatio. Unde hæc omnis quæſtio & tractatio de donationis revocatione nobis hoc loco nata eſt. Et illud quidem conſtat, quæcumque hic obligatio naſcitur, ex re tradita naſci, cum de re donata reddenda agatur. Neque enim reddi poteſt, niſi quæ prius fuit tradita.

XIII. De contractu ambigitur. Sed ne hoc quidem dubitandum, quin ſit obligatio ex [2] contractu. Eſt enim ex conventione, & ea conventione, ex qua videmus actionem naſci. Quæ cum concurrunt, contractus eſt, ut initio contractum definivimus.

XIV. Sed ubi illa conventio, quæ non modo nuſquam apparet, ſed etiam verbis donationis videatur repudiari. Propo-

2) Quod non puto, vid. *ſupra Lib.* 12. C. 2. N. 15. Conventio enim duorum conſenſum exigit, quam hic deeſſe patet quoque ex iis quæ *Cap. ſeq. N.* 13. Et aperte *L.* §. 1. *de donat.* donantem ea mente eſſe ut nunquam ullo facto ad ſe reverti velit. Alias potius ex delicto eam oriri agnoſcerem cum DD. & Rulanto *de Commiſſ. P.* 3. *Lib.* 5. C. 12. *n.* 29.

Digitized by Google

nimus enim res ſimpliciter & inter vivos donatas. Nempe ut in ſuperioribus generibus datorum ſic in hoc accidit, ut non ſit conventio expreſſa de re reddenda, ſed tacita: veruntamen quæ idem efficiat. Conventio autem hæc, ut quiſquis donat rem aliquam ſimpliciter, etſi maxime de liberalitate exercenda cogitat; tamen tacite donare intelligatur hac lege, ſeu ob hanc cauſſam, ne a donatario ſequantur ea propter quæ ob ingratitudinem conſtitutum eſt donationes revocari poſſe. Aut ſi ſecuta fuerint, ius ſit per leges donata repetendi. Neque hanc conventionem nobis fingimus, ut hic ordinem a nobis inſtitutum, aut diviſionem a Iuſtiniano informatam de ſuperioribus obligationum cauſſis quo iure quave iniuria defendamus. Sed hanc ſententiam & conventionem contrahentium nobis ſuggerit Paulus in *L. 6. D. de ſolut.* qui conventionis omiſſæ ſubauditionem priore capite extremo poſitam defendens, hanc rationem adfert, quod ex iure ſumitur id, quod agi videtur. Significans, cum incertum eſt, quid actum ſit, ſeu quid convenerit in negotio gerendo inter aliquos, id actum videri, ut ſerventur omnia inter ipſos, quæ de natura eius negotii iure conſtituta ſunt. At conſtituta eſt iure revocatio rerum donatarum adverſus ingratos, ſi cui videatur ob ingratitudinem revocare. Quapropter ſecundum ſupra ſcriptam ſententiam, intelligendus eſt donator in hunc ipſum caſum ſibi proſpicere, atque id agere ut hoc ipſum ius ſibi ſervetur in donatione, etſi de eo nihil exprimat nec alia conditione donatarius accipere donatum intelligitur. Quamobrem & hoc recte dicimus, omnem hanc revocationem rerum etiam ſimpliciter donatarum, repetitionem quoque eſſe datorum ob cauſſam cauſſa non ſecuta. Ubi res donantur inter cætera hac lege, ne donatarius turpiter & contra leges ſe ingratum præbeat; & contra ſe gerit poſtea. Idque ita fieri intelligitur, iure ſententiam contrahentium ita interpretante, & quanvis verba deſint, nihilominus eam ſententiam præter verba benigne ex æquo & bono ita confirmante. Quam autem expediat, vel potius neceſſe ſit hæc de cauſſa huius repetitionis ſtatui, ex his quæ de indebiti condictione, & condictione ob cauſſam datorum ſupra diſſeruimus, ſumi oportet. Nam & ſine conventione eædem obiectiones hanc repetitionem removent.

XV. Hinc de natura actionis facile ſtatuetur, nempe quibus detur, adverſus quos, & quid in eam veniat. Dixi ſupra non naſci donatori ullam revocationem donationis, niſi prius oſtenderit ſe mutata voluntate ob ingratitudinem donationem revocare velle; ut non mirum ſit, ſi prius deceſſerit, quam id oſtenderet, nullam revocationem eſſe eius heredibus, quia revocationis delatæ conditio defecerit. At ſimul atque donator mutationem voluntatis declaravit, tum naſcitur & conſtituitur donatori præſens donati repetitio. Hæc actio iſto modo ſemel nata, cum rei perſecutionem contineat, perſequens id quod donatori de patrimonio abeſt; eiuſmodi eſt, ut ea iure cum aliis actionibus ſimilibus communi utatur. Scilicet ut iam non ſoli donatori competat, ſed etiam eius heredibus: nec minus detur ut adverſus donatarium ſic & adverſus eius heredes: quæ conditio eſt omnium actionum in perſonam rei perſecutionem continentium. *§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.*

XVI. Una excepta eſt donatio 3) matris collata in liberos, quam placet ob ingratitudinem liberorum ita revocari poſſe a matre, ut quanvis ad eam revocandam agere cœperit, tamen ea ante litem conteſtatam mortua finiatur actio, ut neque detur eius heredibus, neque adverſus donatarii heredes. *L. his ſolis. C. de revoc. donat.* Quod cur ita placeat, & quam non pertineat ad alios donatores, ſupra oſtendimus. Nam quod generaliter denegatur donationis revocatio donatoris heredibus, *L. ult. C. de revoc donat.* ad initium revocationis referendum eſt, quod ſolum a donatore naſci placet, dum conſtituitur hæc omnis revocatio ſub conditione, ſi ſe donationem ex pœnitentia revocare velle oſtendat. At ubi ſemel voluit, iam incipit, ut dixi, repetitio pure competere donatori, utpote impleta conditione, ſub qua hæc revocatio deferebatur. Quæ res hanc repetitionem ſemel natam ab initio revocationis aperte ſeparat, & diſtinguit.

XVII.

3) Olim mater a filio ingrato dimidium tantum repetebat *L. 1 Cod. Th. de revoc. don.* quod correxit *L. 4. eod. tit.* Quod ſi rem alienam donatam bona fide accipiens uſu cepit, an ex ingratitudine revocari poſt uſucapionem impletam poterit? Sunt qui affirmant arg. *L. ult. Cod. hoc tit.* Contra Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 80. n. 61. quia tunc rem iure ſuo potius quam a donante habere videatur, arg. *L.* 5. *Pro derel.* Ego cum prioribus ſentio, quia certe habet ex beneficio dantis; tradendo tranſtulit uſucapiendi conditionem. Et niſi donaſſet, ipſe ſibi uſu acquiſiviſſet. Eadem igitur damni & æquitatis ratio. Favor quoque donantis ac odium ingrati extenſionem hic ſuadet. Licet igitur verba legis deficiant, cum rei alienæ vera donatio non ſit, non tamen ſententia & ratio.

XVII. Si de rebus quæritur, quæ in hanc repetitionem veniant, ne de his quidem genere actionis cognito difficile iudicium eſt. Si quæritur res principaliter debita, quænam ea ſit, titulus actionis indicat. Dicitur enim donati revocatio: donati condictio. *L. 1. C. de revoc. donat. L. 1. C. de don. quæ ſub mod.* Ut hic ſolum videndum ſit, quid ſit donatum, quo recte revocetur. Itaque ut in indebito ſoluto, & in condictione ob cauſſam datorum fieri diximus, ita & hic aut idem repetetur, aut tantundem. Idem ſemper alias. Tantundem tunc, cum pecunia donata eſt, aut quid earum rerum, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, natura illarum rerum hanc ſolutionem exigente. *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* De quo ſatis diximus in indebiti condictione. Si quæritur de acceſſionibus, putem & [4] has venire poſt ingratitudinem admiſſam, tanquam de re, quæ exinde cœpit apud donatarium eſſe ſine cauſſa, donatore poſtea ob eam ingratitudinem rem revocante. *arg. L. pen. D. de condict. indeb.* iuncta *L. indebiti*, 17. *eod.* & *L. qui ſe debere*, §. *ult. D. de cond. cauſ. dat.*

4) Diſſ. Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat.* P. 1. Cap. 10. n. 7. & 8. vid. Vaſq. 1. *ill.* Contr. 8.

C A P. XXXII.

De revocatione donationis ob liberos poſtea a donatore ſuſceptos. Sed obiter, indicato loco, unde huius partis explicatio alibi ab auctore edita huc aſſumatur.

Altera revocandæ donationis cauſſa, liberi poſt a donante ſuſcepti. I.
Cui revocatio iſta iure ſpeciali tributa, & quatenus, & an ad omnes donatores pertineat. II.
Quo in loco auctor ea de re plenam tractationem habeat. III.

AC ſit huc uſque prima cauſſa revocandæ donationis ſimplicis factæ inter vivos, nobis expoſita, donatarii nimirum ingratitudo. Altera cauſſa fuit, liberi a donatore poſtea ſuſcepti. De qua in *L. ſi unquam, C. de revoc. donat.*

II. Sed donationis ex hac cauſſa revocatio ſpecialis eſt, tributa nominatim ſolum patrono de rebus donationis cauſſa in libertum collatis. Et tribuitur non ſimpliciter, ſed certis conditionibus: nempe his duabus, ſi patronus eum donavit, liberos non habuit; & poſt donationem ſuſcepit liberos. Utraque autem conditione impleta, ius ſingulare conſtitutum de revocatione rerum donatarum, ut ſuſceptis poſtea liberis, ipſo iure donatio reſcindatur, id eſt reſcindatur ita ut dominium rerum donatarum a liberto recedat, & ad patronum tranſeat. Quæ omnia verbis conſtitutionis indicantur. Vulgo inveterato errore exiſtimatum eſt eam conſtitutionem ad omnes donationes pertinere, & ex ſuſceptione liberorum poſt ſecuta omnibus donatoribus revocationem donati tribuere.

III. Adverſus quam ſententiam fuſe diſſeruimus in commentariis ad Codicem ad eam *L. ſi unquam*. De cuius etiam legis ſententia eodem loco copioſe ſcripſimus, & quidem ita, ut ſi quis vulgarem ſententiam tanquam uſu in foro receptam ſibi ſequendam putet, non deſit etiam hac parte, quo ad eius explicationem non minus adiuvetur. Inde igitur petere licebit. Nos ad reliqua pergemus.

CAP. XXXIII.

De donatione cauſſa mortis; Quid ſit: Quibus ex cauſſis revocetur: Quæ ad eam revocationem, cuiuſmodi, & quibus ex cauſſis natæ actiones.

Tranſitio ad donationes cauſſa mortis. I.
Donatio cauſſa mortis quid. Ex verbis donantis, non ex metu aut cogitatione mortis æſtimatur; & quomodo. II.
Comparatur legatis, & ſimul datis ob cauſſam. Qualis iſta ſimilitudo. III. IV.
Revocatur tribus caſibus. V.
1. *Si pœnituerit donatorem.* VI.
2. *Si hic periculo ſupervixerit.* VII.
3. *Si præceſſerit donatario.* VIII.
Si quid aliud præterea convenerit in iſta donatione ſervandum. IX.
Actio in hanc rem conſtituta eſt directa in perſonam, utilis in rem. Qualis utraque, & quare utilis. X.
Item quo iure introducta una cum condictione ob cauſſam. XI.
Conditio ob cauſſam datur hic cauſa nondum ſecuta; aut ſecuta quidem, ſed non ex voluntate dantis. XII.
Eadem eſt ex obligatione; Hæc ex contractu, & eo qui re perficitur. XIII.

I. Ergo etiam in donationibus inter vivos, quæ ſimpliciter fiunt, nec ullam cauſſam, ſeu repetendi condictionem nominatim adiunctam habent, naſcitur nihilominus obligatio inter dantem & accipientem, & ea quidem ex contractu, quia ex conventione licet tacita, qua donatarius tenetur donatori, ut acceptum reddat. Ubi proinde & re obligatur. Non tamen donatori viſum eſt revocare: ſed certis & iuſtis de cauſſis. Paucis quidem, attamen aliquibus. Quæ generibus duæ ſunt, ingratitudo donatarii, & liberi a donatore poſtea ſuſcepti. Ambæ diſpari effectu, ut oſtendimus: cum ingratitudo donatarii omnibus donatoribus revocationem tribuit, dum ex iis cauſſis ingratitudinis, quæ iure receptæ ſunt. Liberi poſtea nati non niſi patrono qui donavit libertis, & quidem tunc, cum liberos non haberet, de quibus hue uſque dictum eſt: Multo magis exſiſtit hæc obligatio in donatione cauſſa mortis. Quod erat alterum genus donationum a nobis propoſitum, in quo verſaretur hæc obligatio. Et quidem hoc genus certam cauſſam donandi a donatore accipiens, multo plures habet, & certiores iſtius obligationis ac revocationis cauſſas. Sed prius conſtare oportet donationem quæ ad hanc legem revocatur, eſſe donationem cauſſa mortis.

II. Eſt autem [1] mortis cauſſa donatio, quæ fit propter [2] mortis ſuſpicionem, ſic deſcribitur *Inſtitution. de donat.* in pr. An fiat donatio propter mortis ſuſpicionem, non ex metu, aut periculo, vel cogitatione mortis, quæ donatori vel imminet, vel obverſatur, æſtimandum eſt, ſed ex [3] verbis ipſius donatoris, quibus declarat ſe ob mortis ſuſpicionem & cogitationem donare. Sine his nihil periculum etiam præſentis mortis quidquam facit ad arguendam mortis cauſſa donationem. Ut puta, eſt aliquis in extremis vitæ conſtitutus, de quo etiam ſæpe auditum eſt deſperare ipſum de vita ſua. Is hoc ſtatu donavit: adde etiam ſi videtur, moribundus: ſed nullam fecit mentionem mortis ſuæ, non dixit ſe donare, quia mortem metuat, aut de ea cogitet. Donatio ſimplex eſt inter vivos, non mortis cauſſa. Et ut Papinianus loquitur, qui ita donavit, magis donavit [4] moriens, quam mortis cauſſa. Unde recte negant eam donationem ad regulam & revocationem mortis cauſſa pertinere. *L. Seia*, 42. §. *ult. D. de mort. cauſ. donat.* Significans ſine teſtatione mortis, quæ ſignificetur a donato-

1) Cui affinis interdum fuiſſe videtur fiduciaria mancipatio, Liv. *Lib.* 32. velut fiduciariam dare ut victori ſibi reſtitueret; ſi quid adverſi accidiſſet ipſe haberet, vid. Ræ-var. *de Auct. Prud. C.* 5. Vid de hac donatione Cov. *P.* 3. *Rub. de teſtam.* Duar. *ad h. t.* Rauchb. *P.* 1. *Q.* 32. fuſe A. Fab. *Err. Pragm. Decade* 43. & 3. *Decad. ſeqq.*

2) Quæ fit contemplatione & intuitu mortis, vel ſuæ vel alterius, ut ſi filio vel fratre ægrotante quis donet Mævio, ut ſi convaluerit filius, ei reſtituatur *L.* 8. *pr. h. t.*

3) Cuiac. *Conſ.* 23. irridet eos qui donationem hanc tantum ab ægroto fieri cenſent. Quid igitur ſi nullo morbo aliove periculo territus ſimpliciter donet poſt mortem? Diſt. Si verba ſubſtantiæ donationis adiecta; donatio eſt cauſſa mortis. Sin executioni ac præſtationi differendæ: inter vivos. Fachin. 5. *Contr.* 22.

4) Thomas Actius *de Privileg. infirmit. P.* 2. *lit. D. v. Donatio n.* 2. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam. n* 36. Si mortis mentio non fiat etſi ab ægroto, inter vivos facta cenſetur, ſed ſi ita valere poſſit. Quod ſi nequeat, hæc potius æſtimatur quam ut nihil actum ſit. Sic accipit *L.* 4 §. 1. *de doli exc.* & Menoch. 3. *Præſum.* 36. *n.* 7. Sicuti e contrario ſi mortis mentio fiat, nec tamen ut mortis cauſſa valere queat, forte quia deſunt 5. teſtes, cenſetur donatio inter vivos, Menoch. 3, *Præſum.* 35. *n.* 5.

natore, nullam eſſe donationem cauſſa mortis. Tunc ergo mortis cauſſa donatio eſt, cum donator declarat verbis ipſis donationis, donare ſe ob ſuſpicionem & cogitationem mortis. Id dum faciat, nihil intereſt ad donationem huius generis, donetne ob cogitationem ſolam mortalitatis, veluti, ſi ita dicat, quia incertum eſt, quandiu Deus nobis vitam proroget: vel, quia nihil certius eſt morte, nihil autem incertius hora eius, ideo hanc aut illam rem, illum aut illum fundum tibi dono. Ob metum mortis ex periculo certo obverſantis; veluti ſi quis graviter ægrotans ita donet, quia neſcio, an ex hoc morbo convaleſcam, ideo tibi dono. Vel ſi quis peregre profecturus, aut navigaturus ita dicat; quia iter aut navigationem illam inſtituo, & incertum eſt, an redeam, ideo dono. Vel ſi quis in bello, aut imminente hoſte donet hoc modo; quia in periculis præſentibus incertum eſt, quid nobis futurum ſit, aut quo res evadant, ideo dono. Hæc in *L.* 2. & aliquot ſeqq. *L. ſenatus*, §. *mortis*, *D. de mort. cauſ. donat.*

III. Quæ ita facta eſt donatio, iuſtis itidem de cauſſis, ut dixi, & his propriis revocatur. Hæ cauſſæ cum efficiuntur ex natura & conditione huius donationis, prius hanc naturam ſtatuamus. Natura donationis cauſſa mortis iure comprobata hæc eſt. Comparatur donatio cauſſa mortis partim iis, quæ ob cauſſam dantur, partim legatis. Iis quidem ſine dubio, quæ dantur ob cauſſam. Unde & veteres ad repetendum hoc genus donati dederunt condictionem ob rem dati, cauſſa non ſecuta. *L. ſenatus*, 35. §. 1. *D. de mort. cauſ. donat.* Et lex atque conceptio donationis id aperte indicat. Apparet enim ex ſuperiore, definitione donatum mortis cauſſa donari ob hanc cauſſam, ut ſi quando ingruerit nec opinato mors donatoris, iam nunc in illud tempus conſultum ſit donatario; non ut vivente adhuc donatore habeat potius, quam donator, cum donatio collata ſit in tempus mortis donatoris: ſed ut donatore mortuo habeat potius donatarius, quam donatoris heres. Quod ſignificatur *Inſt. de d*[illegible] in pr. & *d. L. ſenatus*, §. 1. *de mort. cauſ. donat.*

IV. Comparatur & [5] legatis mortis cauſſa donatio. *L. illud*, 37. *D. de mort. cauſ. donat.* Quod ex ſuperiore cauſſa ductum eſt. Ea enim nos docet ſic donationem hanc habere conditionem mortis donatoris, ut is velit ſibi licere priuſquam ea cauſſa ſecuta ſit, donatum revocare, eoque nec prius perfectam eſſe donationem. Non enim videtur ad aliquem perveniſſe, quod manſurum non eſt. *L. aliud eſt capere*, *D. de verb. ſignif.* Inde dictum, non videri perfectam donationem mortis cauſſa factam, [6] ante quam mors inſequatur. *L. non videtur*, 32. *D. de mort. cauſ. donat.* At hoc ubi ſit, donatio plane legati vim & effectum habet. Nam & legatum donatio eſt, §. *legatum*, *Inſt. de legat.* eiuſque maxime proprium eſt, ut & ſupremæ voluntatis omnis, ne confirmetur niſi morte teſtatoris, quando ſuprema omnis voluntas & teſtatio non eſt niſi de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri voluit, ut declarat teſtamenti definitio. *L.* 1. *D. qui teſt. fac. poſ.* Unde & legatum non dicitur ſolum donatio, ſed donatio a defuncto relicta. *d.* §. *legatum*, *Inſt. de legat.* Hic exitus cum ſit, ut dixi, etiam in mortis cauſſa donatione, recte hinc ſumptum iam olim ſtatuerunt [7] veteres, donationes cauſſa mor-

5) *L.* 15. *L.* 17. *in fin. h. t.* Vulgo inſpecto tempore quo ſiunt habere eas naturam contractus, illique propius accedere ratione modi, formæ, ſolemnitatis & ordinationis. Poſtquam vero peracta & in eſſe deducta, effectus illi ultimæ voluntatis accommodari, Clar. §. *donatio* Q. 5. Duar. *ad L.* 2. *de leg.* 1. Gomez. 2. *Reſol.* 4. *n.* 16. Covar. *in Rub. extra de teſtam. P.* 3. *n.* 2. *&* *n.* 23. (ubi tamen *n.* 33. quod confirmationem contractibus convenire cenſet, contra quam Gomez.) Ant. Fab. 44. *Err. Prag.* 1. *pag.* 908. *&* 46. *Err. Prag.* 10. & alii, quos citat Rauchbar. *P.* 1. Q. 32. *n.* 41. *& ſeq.* non uſquequaque diſtinctionem hanc probans, imo refellens *n.* 44. *& ſeqq.* & Vaiq. 1. *Contr. uſu freq.* 12. *n.* 4. etiam in creatione, ut loquitur, id eſt forma & faciendi ratione, ſeu initio ac ordinatione, convenire ultimæ voluntati, cum 5. teſtes exigat, nec inſinuatione egeat. Cuiac. 3. *Obſ.* 17. *&* 20. *Obſ.* 6. ſimiles eſſe legatis donationes cauſſa mortis ex teſtamento, non vero ab inteſtato *L. ſi filius* 20. *de leg. praſt. &* 2. *ad Afric. in L.* 23. *h. t.* non eſſe inſtar legatorum in odioſis. Sic enim legata cedunt ex apertis tabulis: hæ a morte donantis, quia LL. caducariæ ſtrictius accipiendæ. Non item eſſe ſimiles ab inteſtatu *d. L.* 20. Et ideo *in* §. 2. *I. de donat.* adiecta vocula *fere*. Balduin. *in* §. 1. verſ. *hæc mortis cauſſa n.* 2. *&* 3. Conveniunt, ait, in his. Qui legare poteſt, idem ſic donare: ut & qui accipere ex teſtamento, idem ex hac donatione. Hic Falcidiæ locus & iuri accreſcendi. Conditio iuriſiurandi remittitur *L.* 8. §. 3. *de cond. inſtit.* Nec de alimentis hac donatione relictis tranſactio ſine Prætore valet *L.* 8. §. 2. *de tranſact.* Differunt in ſeqq. Hæ ineantur duorum conſenſu, ut contractus. Non pendent ab hereditatis aditione: Nec ab iis repellitur ceu indignus, qui a legato *L.* 5. §. 17. *de his quæ ut indig.* Patre conſentiente fieri poteſt *L.* 25. *h. t.* Stipulatio mortis cauſſa in annos ſingulos una, licet multa eſſent legata *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Aliud tamen eſſe, quoad hoc in donatione hac extra ſtipulationem. Greg. Lopez. *Animadver.* C. 19. *n.* 4. Quatenus ultimæ voluntati magis adnumeranda, quatenus contractibus, vide, præter laudatos, Hotom. & Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 9. P. Fab. *ad L.* 18. *de R. I. p.* 104. Tiraq. *poſt LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 68. *& n.* 75. *ac ſeqq.* Simon. de Præt. *Lib.* 2. *de Interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubitat.* 9. *Solut.* 12. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 5. *& ſeqq.*

6) Propterea non ut in ſimplici requiritur agnitio & acceptio, vivo donatore. Quia enim eo vivo initium non accipit in perſona donatarii; nec antequam mors inſequatur, vel repudiari vel agnoſci poteſt, ita Cuiac. *Conſ.* 48.

7) Non vero verba ultima *L.* 35. *h. t.* Triboniani ſunt interpolata propter *d. L. ult.* ut cenſet Vult. *ad* §. 1. *I. de don. n.* 4. Nec enim dicit Iuſtinianus nullum veterum Iuriſconſultorum id ſtatuiſſe, ſed fuiſſe diverſas ſententias.

mortis factas legatis comparari. Fuitque hæc ſententia, ut videtur, optimæ partis veterum, quæ & relata eſt in *d. L. illud, de mort. cauſ. donat.* Sed quia inter veteres plerique diſſentiebant, ideo interpoſita eſt Iuſtiniani conſtitutio, quæ litem dirimens idem illud confirmaret. Ea eſt *L. ult. C. de don. cauſ. mort.* quæ & refertur *Inſt. de don.* in pr. Hinc illa ad eam regulam congruentia: His mortis cauſſa donari poteſt, quibus & [8] legari. *L. omnibus, 9. D. de mort. cauſ. donat.* Ut legatum relinqui poteſt, ita & perfici mortis cauſſa donatio. Nullum legatum aut ſuprema teſtatio valet, niſi ut minimum adhibitis quinque teſtibus. *L. ult.* in fin. *C. de condic.* Totidem & in donatione cauſſa mortis [9] adhiberi placuit. *d. L. ult. C. de don. cauſ. mort.* In legatis ſubſtitui poteſt legatario. *L. ut heredibus, 50. D. de leg. 2.* poteſt & donatario in donatione mortis cauſſa facta. *L. 1. C. de don. cauſ. mort.* Legata inſinuationem non deſiderant, quantumcumque legatum ſit. Sic nec mortis cauſſa donatio. *d. L. ult. C. eod.* Lex Falcidia legata minuit quæ dodrantem patrimonii excedunt *L. 1. D. ad leg. Falc.* Eadem locum habet & in mortis cauſſa facta donatione. *L. ſi mortis, C. ad leg. Falc. L. 2. C. de don. cauſ. mort.*

V. Ex his, ut dixi, pendet huius donationis revocatio & obligatio, quam quærimus. Fit igitur ex hac natura, ut donatio cauſſa mortis revocetur tribus caſibus. Quorum priores duo communes ſunt cum iis, quæ aliter ob cauſſam dantur; tertius communis cum legatis, atque hinc etiam ducitur. VI.

8) Ideoque & a coniuge fieri poſſet. Vaud. 1. Q. 39. (1) quia coniugi legari poteſt. (2) Quia ſic donans non fit pauperior, cum pro libitu revocare poſſit. (3) Quin exitus differtur in id tempus quo coniuges eſſe deſinunt. Sed hac de re aperti textus *L. 9. §. ult. L. 10. L. 51. pr. de don. int. vir. L. 27. L. 40. h. t.* Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 12. n. 5 vid. A. Fab. 44. *Err. Prag.* 8. & 46. *Err.* 1. & *ſeqq.* (ubi Covar. qui diſſ. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam.* refellit) Sc. Gentil. 2. *de Don. int. vir.* 33. & *Lib.* 3. *C.* 34. & 2. *ſeqq.* Abſenti tamen olim fieri non potuit *L.* 38. *h. t.* vid. Hotom. 4. *Obſ.* 28. qui tamen 8. *Obſ.* 18. præſentiam in ea non requiri contendit, mendumque in *d. L.* 38. ſubeſſe. A. Fab. 47. *Err. Prag.* 1. hodie abſenti fieri poſſe cenſet, nint olim non potuerit. Vid. & Covar. *P.* 3. *Rub. de teſtam. n.* 16. & *ſeqq.* Hartm. Piſt. *Lib.* 1. Q. 13. An præſenti tacenti facta valeat? vide Andr. ab Exea *Lib. Pactorum n.* 94. & *ſeqq.* ubi aff. *n.* 98. Itemque cui teſtari permiſſum, etiam mortis cauſſa donare *L.* 32. §. 8 *de don. int. vir.* Unde conſequitur minorem ſine curatore ſic donare poſſe, Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus n.* 253. Fachin. 5. *Contr.* 61. *Rauch. P.* 1. Q. 32. *n.* 84. cum & quando libuerit revocet, nec metuenda ſit læſio. Diſſ. Tiraq. ſibi contrarius poſt *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 83. & *ſeq.* quia in his, quæ concernont ſolemnitatem extrinſecam, naturam contractus habeat donatio; & Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 13. *n.* 6. & *ſeqq.* A. Fab 46. *Err. Prag.* 9. diſt. ſi ſtipulatione fiat, valere concedit per *L.* 101. *V.* O maxime ſi exactio differatur in tempus mortis: Sin per traditionem, negat, quia ea pertinet ad cauſſam adminiſtrationis bonorum, curatori commiſſæ. Poterit & mulier ſine curatore Iure Saxonico, de quo Rauchb. *P.* 1. Q. 32. tota, ut & abſque propinquorum conſenſu, ſi is ex ſtatuto in earum contractibus neceſſarius; quia ſtatutum, iuri communi contrarium, reſtringendum ad contractus ſtricte & proprie ſumptos; ac rationi illius, periculo captionis cui ſexus is ſuppoſitus, hic non eſt locus. Fachin. 5. *Contr.* 60. Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 12. *n.* 4. Diſſ. Covar. *Parte* 3. *Rub. extra de teſtam. n.* 15. Ant. Fab. 46. *Err. Pragm.* 10. Videtur & contra regula: Qui teſtari nequit, is nec ſic donare *L.* 1. §. 1. *de rat. & rat. diſtr.* Sed eam non aliter tenere ſcribit A. Fab. 43. *Err. Prag.* 6. *p.* 885. quam quoties utrobique eadem prohibitionis ratio. Unde uſurario manifeſto hanc donationem non permitti, idem 46. *Err. Prag.* 8. contra Covar. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam. n.* 13. Sane filiusfamilias ita donare poteſt, ſed conſentiente patre *L.* 25. §. 5. *h. t.* (vid ſupra *Lib.* 6. *C.* 5. *N.* 10. Add. Petr. Nann. 10. *Miſc.* 5) Quem patris conſenſum non requiri ad ſolemnitatem actus, ſed ad id ut præiudicare poſſit patri, ideoque rerum in quibus ſolida filio proprietas liberam donationem cauſſa mortis, illi permitti. Fach. 5. *Contr.* 24. & *ſeq.* Quare & ipſi patri fieri poſſe *ibid. Cap.* 26. poſt Vaſq. *Lib.* 2. *de Succeſſ. reſol.* §. 12. *n.* 16. & Tiraq. qui utriuſque opinionis auctores refert, poſt §. *Connub. Gl.* 8. *n.* 185. & 3. *ſeqq.* Diſſ. & Covar. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam. n.* 9. & Ant. Fab. 43. *Err. Prag.* 4. licet prius illud admittat, ex ea tamen ratione negat, quia obligatio civilis inter patrem & filium nulla conſiſtit. Eam autem contra putat, etſi donatio traditionem adiunctam habeat, quod non puto, in coque ſibi egregie contradicit Faber 48. *Err. Prag.* 9. *p.* 1129.

9) Quia ad inſtar codicillorum redactæ, Cuiac. *Conſ.* 45. Valaſc. *Conſ.* 102. *n.* 5. Nec unus interpretum qui de hoc dubitat, ait A. Fab. 44. *Err. Prag.* 5. Ipſe primus ſuſpectum id reddere nititur, inani conatu. (1) Quia licet hæc ſpecies ultimæ voluntatis, non tamen nuda, ſed traditionem aut ſtipulationem requirit, unde abſenti fieri nequit. Reſp. Immo & nuda pactione hodie conſiſtit ea per *L.* 35. *C. h. t.* quæ & ad has donationes pertinet, Covar. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam. n.* 12. Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 12. *n.* 7. fruſtra reclamante Fabro. Quin idem Faber *Err. ſeq.* & *Decade* 47. *Err.* 7. hodie abſenti fieri poſſe contendit. Denique etſi traditione vel ſtipulatione perfecta dicatur, nonne idem periculum comminiſcendæ falſitatis, nonne facile duo ſubornari poterunt, qui, poſt mortem alicuius, cum iam eius voluntas exquiri nequit, falſo afferant ſe interfuiſſe ſtipulationi vel traditioni a defuncto factæ: Ut mirer Fabrum in ea verba erumpere: *Ubi alterutram horum, quid neceſſarii 5. teſtes.* Miror eundem ſuſpicioni falſitatis locum hic eſſe negare. Qui, ait, metus hic maior quam in donatione inter vivos. Immo qui minor, inquam, quam in codicillis, aliove extremo elogio. Donationis inter vivos alia ratio quæ ſtatim effectum ſumit (2) arguit Faber ex loco Pauli 2. *Sent.* 11. §. 1. Reſp. Quæſtio nobis omnis de iure novo ex lege Iuſtiniani. Quod & repono ad (3) rationem quod inſinuatio, quæ fraudis excludendæ gratia exigitur, & in donatione hac neceſſaria *L.* 25. *C. de don.* quid vero neceſſe ſi 5. adhibitis teſtibus fit. Nam hodie ex *d. L. ult. C. h. t.* non neceſſariam Faber agnoſcit. Deinde quid in donatione ſummam 500. ſolidorum non excedente? Sed iam *ad L. ult. C. h. t.* Eam Faber ita accipit, ut hodie valeat hæc donatio, ſine inſinuatione, modo in illius vicem adſint 5. teſtes, quia inſinuationis finis, ut fraudibus obvietur: quis vero metus fraudis ubi 5. teſtes. Vera hæc ſunto. Quid inde? Ergo quæ valuit olim ſine inſinuatione, hodieque rata erit ſine 5. teſtibus, veluti ſi infra 500. ſolidos, alias deterior eius conditio facta; at Iuſtinianus meliorem reddere voluit. Reſp. Nullius magis intereſt quam ipſorum donantium ita ſtatui, ne poſt eorum mortem alienis bonis inhiantes falſo liberalitatis prætextu, bona iuſtis heredibus auferant. Quidni vero idem metus fraudis, etſi donatio infra 500. ſolidos conſiſtat. Denique ita aperte indefinite & generatim concepta Iuſtiniani conſtitutio, ut vix calumniæ locus videatur. De omni certe cuiuſcunque ſit quantitatis definit Imperator, ut ultimæ voluntatis effectus ſortiatur, ſiquidem & de omni erat inter antiquos ICtos diſſenſio, quam Iuſtinianus compoſuit. Ignota illis diſtinctio donationum ampliοris minoriſve ſummæ, quæ inſinuationem requirant, quæque non item. Ac quod habetur ſic valere, etſi inſinuatio non acceſſerit, in eo extenſio eſt regulæ, ad unam illius ſpeciem pertinens, quæ antea eam exigebat, nec ideo ad illam regula reſtringenda.

VI. Primus eſt, ſi donatorem [10] pœniteat donationis. *Inſt. de don.* in pr. *L. mortis*, 16. *L. qui mortis*, 30. *D. de mort. cauſ. don* nempe quia quod donatur mortis cauſa, datur ob cauſſam, cui ita locus eſt, ſi mors ſequatur; conſtat autem omnia, quæ ob cauſſam dantur, cauſſa nondum ſecuta ex pœnitentia revocari poſſe. *L.* 3. in pr. *L.* 5. in pr. *D. de cond. cauſ. dat.*

VII. Secundus eſt, ut traditur in *d. tit. Inſt. de don.* ſi ſupervixerit is, qui donavit. Quod ſic interpretandum eſt, ſi ſupervixerit, non donatario, qui tertius caſus eſt, qui ibidem ſubiicitur; ſed ſupervixerit ei periculo, quod ipſe metuebat, & de quo in donatione ſignificavit. Itaque his verbis nihil aliud intelligimus, quam donationem revocari, ſi donatum ſit ob metum alicuius periculi, & donator periculum evaſerit: ut, ſi navigaturus donavit, & ſalvus rediit; ſi donavit ægrotans & morbi periculum metuens, ac deinde convaluit. Sumptum & hoc ex iure eorum quæ ob cauſſam dantur. Quorum lex communis hæc eſt, ut cauſſa non ſecuta ſit dati repetitio. *L.* 1. *D. de cond. ob turp. cauſ.* Hic autem res donata eſt ob cauſſam eius periculi quod ſecutum non eſt.

VIII. Tertius caſus eſt, ſi donatarius prius deceſſerit, vivo ſcilicet donatore. *Inſt. de don.* in pr. Hæc vero cauſſa donationis revocandæ propria eſt huius donationis, receditque a natura eorum, quæ aliam ob cauſſam dantur. Nam si tibi donavero hereditatem ea lege, ut creditoribus ſatisfieret, tu autem deceſſeris me vivo, priuſquam ſatisfaceres, & heredes tui ſatisfaciant, repetere non poſſum, quod dedi, quia cauſſa ſecuta eſt. Nec refert, quando ſit ſecuta, ſemper enim ob cauſſam datum, cauſſa quandoque recte ſecuta repeti non poteſt. *L.* 1. *D. de cond. cauſ. dat.* Diſſimiliter in donatione cauſſa mortis. Nam ſi hoc modo tibi donem, tuque me vivo decedas, quanvis cauſſa ſequatur poſtea, puta, quia moriar, idque adeo priuſquam ulla mea privata revocatio intervenirer; tamen non pertinebit donatum ad heredes tuos, ſed tranſibit repetitio ad meos; quippe iam ante mihi quæſita, quia me vivo deceſſeris. Cur igitur in hac donatione cauſſa pariter ſecuta non idem dicimus, quod in cæteris, quæ ob cauſſam dantur? Quia cauſſa ob quam donatur mortis cauſſa a cæteris omnibus cauſſis longe diverſa eſt. Hæc cauſſa donationem ſimilem facit legato, ut ſupra oſtendimus. Ideo & hac parte donatio iure legati uti debet. De legatis porro tranſmittendis ſic ius eſt. Si ante diem legati cedentem deceſſerit legatarius, ad heredem ſuum non tranſfert legatum. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Legatorum autem dies non cedit teſtatore vivo, ſed dumtaxat a morte eius. *L. unica*, §. 1. §. *in noviſſimo*, *C. de cad. tol.* Ita fit, ut ſi prior decedat legatarius, non tranſeat legatum ad eius heredem. Quamobrem & in donatione cauſſa mortis idem ius eſſe oportuit.

IX. Quod tamen diximus ex his cauſſis donationem cauſſa mortis revocari poſſe ſic accipiemus, niſi quid in donando [11] aliud convenerit: puta, vel ut reddatur donatum ex aliis cauſſis, vel ut citius, vel ut omnino reddatur. *L. ſenatus*, 35. §. *mortis*, *D. de don.* Quippe etiam donatione cauſſa mortis negotium geritur, contrahitur, *d. L. ſenatus*, §. 1. Contractus autem ex conventione legem accipiunt. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L.* 1. §. *ſi convenit*, *D. depoſ.*

X. Cum ſupra ſcriptæ cauſſæ revocationi locum fecerint, qualis ſit revocatio, quæritur; utrum quæ habeat actionem in rem, an vero condictionem dumtaxat adverſus donatarium, id eſt utrum una aliqua ex ſupraſcriptis cauſſis interveniente, infirmetur donatio ipſo iure, atque ita fiat, ut donatarius ſtatim deſinat dominus eſſe rerum donatarum, dominium autem redeat ad donatorem, unde illi in rem actio: an vero donatario adhuc domino manente, tantum donatori ſit actio in perſonam ad res donatas repetendas. Et ſi de directa actione quæritur, eadem hic conditio eſt donationis cauſſa mortis, quæ & cæterarum rerum quæ ob cauſſam datæ ſunt. Condictio nimirum quæ eſt in perſonam actio, ſimiliter donatori eo nomine competit, *d. L. ſenatus*, 35. §. 1. *D. de mort. cauſ. donat.* Quod cum dicitur, ſimul excluditur in rem actio, quæ datur donatori. Nemo enim ut ſæpe iam

19) Etiam tacita vel præſumpta, vid. Mozz. *de Donat. Col. ult. n.* 2. *& ſeqq.* Menoch. 2. *Præſumpt.* 37 Moller. 2. *semeſtr.* 59. & A. Fab 46. *Err. Prag.* 6. ubi contra DD etiam per oppignorationem rei revocatam cenſen. Qua alienatione & quando revocetur, vid. Covar. *P.* 3. *Rub. extra de teſtam. n.* 27. *& ſeqq.* Quid ſi res alns poſtea in teſtamento donata, an revocatur, an vero partes concurſu fiunt? Vid. Modeſt. Piſt. *P.* 3. *Q.* 123.

11) *L.* 15. §. *ult. h. t.* modo tamen aliquis caſus ſit in quo maneat revocabilis; alias eſt donatio inter vivos, deficiente huius ſubſtantia *L.* 17 *h. t.* vid. Covar. *P.* 2. *Rub. de teſtam. n.* 13. Forcat. Necyom. *Dial.* 4. Gutierez. *de iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 12 Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 51. *n.* 3. Fachin. 5. *Contr.* 23. A. Fab. 45. *Err. Prag.* 1.

iam diximus, rem ſuam condicit præterquam a fure, aut malæ fidei poſſeſſore, *§. ſic itaque, Inſt. de act. L. ult. D. de uſuf. quemadm. cau.* Sed hæc, inquam, dicta ſunt de directa actione in rem, & iure civili ſummo, quo de dominiis rerum conſtituitur. Cuius regulis convenit, ne dominium ab invito recedat, neve ad alium ſine traditione transeat. *L. id quod, D. de reg. iur. L. traditionibus, C. de pact.* Cæterum in hoc genere ex ſupra ſcriptis cauſſis etiam utilis in rem actio admiſſa eſt. Actionem hic in rem eſſe ſimpliciter traditur in *L. ſi mortis, 29. D. de mort. cauſ. don.* Sed [12] utilem eſſe adiicitur in *L. qui mortis*, ſeq. Quæ adiectio eo pertinet, ne contrarium putemus, quod in hac cauſſa veteres etiam condictionem dederunt, & tamen ſciamus ut actio in perſonam eſt donatori eiuſque heredibus adverſus donatarium & eius heredes: ita hanc actionem non eſſe impedimento, quominus & donatori ſit actio in rem adverſus rerum donatarum poſſeſſores quoſcumque, nam utilis actio cum directa eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. geſt.*

XI. Sed unde hæc in rem actio? Eſt enim præter legem eorum, quæ ob cauſſam dantur, ex quo genere cauſſa non ſecuta condictio eſt dati, non etiam in rem actio, ne utilis quidem, ut diſſeruimus ſupra in genere datorum. Repugnat etiam regulis iuris ſuperioribus, quas eſſe diximus de dominiis rerum transferendis. *d. L. id quod, de reg. iur. L. traditionibus. C. de pact.* Et hæc inducta eſt proprio quodam iure propter ſimilitudinem, quæ huic donationi eſt cum legatis. Ante poſuimus donationes cauſſa mortis factas legatis comparari. At legatum revocatum ſic evaneſcit, ut teſtatori ipſi ſit in rem actio de rebus prius legatis: quia ſcilicet dominium earum ab eo non receſſit, ac ne recedere quidem ab eo potuit, quandiu vivit, etſi maxime legatum conſtituiſſet. Non enim relinquitur niſi a defuncto, ut ſic deinde ab herede præſtetur. *§. legatum, Inſt. de legat.* Quare & in donatione cauſſa mortis eodem exemplo idem ius admitti oportuit, ut ea revocata, quaſi revocatio revocationis legati vim haberet, ita & hic ſit donatori in rem actio de rebus donatis. Atenim dicet aliquis, legato revocato intereſt teſtatori actionem in rem directam eſſe, cum dominium ſemper penes eum manſerit. Cur igitur in hac donatione utilem tantum actionem in rem dant veteres, non directam exemplo legatorum? Et ſi quis donationem proponat ita [13] factam, ut donatum non ſtatim fiat accipientis, ſed tunc, cum mors fuerit inſecuta, ut fit interdum: quia idem hic fit circa dominium rei donatæ, quod in legato, recte dicetur eandem hic quoque actionem in rem donatori dari revocata donatione, idest directam tanquam de re, non quæ ei reſtituatur, ſed quæ nunquam amiſſa ſemper penes eum manſerit. *L. ſi mortis, 29. D. de mort. cauſ. don.* Quod ſi ita quis donet, mortis cauſſa, ut donatum ſtatim fiat accipientis, quod fit ut plurimum, & de cuius donationis revocatione condictionem intelligi volumus, *L. 2. L. ſenatus, 35. §. 1. L. ſi mortis, 40. D. eod.* obſtant regulæ ſuperiores iuris, quominus dominium, quod donatarii eſſe cœperat, recedat ab eo invito, & ad donatorem redeat. Ideo ius in hac re ita temperatum eſt, ut non detur directa in rem actio donatori, qui ipſo iure dominus non eſt. At effectu detur, ut ſit in rem utilis, quo hic quoque donatio ad ſimilitudinem legati redigatur. Nam, ut dixi, utilis actio eundem effectum habet. *L. actio, antep. D. de neg. geſt.*

XII.

12) Ut in arbitrio ſit vel revocare condictione quaſi re non ſequuta vel utili actione (quæ & in factum vocatur) *L.* 18. §. 1. *h. t* quaſi tacito iure dominium redierit vel nunquam diſceſſerit, Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 23. *h t.* Duaren *de Cond. ca. da. C* 6 Ea ratione iuris ſola condictio, ex æquitate etiam utilis in rem actio, quod æquum ſit dominium vere translatum haberi pro non translato, ſeu iam reddito. Quæ & datur non directa) ſi ita facta ut tranſiret dominium, ſed reddatur res ſi donator convaleſcat, ex. gr. vel redeat, quia ſolus eventus conditionis non facit ut dominium recedat, A. Fab. 44. *Err. Prag.* 10. Diſſ. DD. volentes dominium reverti ipſo iure Moz. *de Don. Col. ult. n.* 11. Gomez. 2. *Reſol.* 4. *n* 20 Zaſ. *ad L.* 12 *de Cond. ca. da. n.* 8. dominia iuris intellectu tantum translata condici poſſe ſcribens. Fructus vero percepti repetuntur a tempore donationis *L.* 12. *de Cond. ca. da.* Moz. *d. L. n.* 12.

13 Sed ſi ita facta morte confirmetur, quæ inde actio adverſus heredes? DD diſtinguunt. Si in teſtamento facta, actio ex teſtamento *L.* 1. *C. h. t.* Sin extra id ſi quidem nudo pacto condictio ex *L.* 35. §. *pen. C. de don.* Quod impugnat A. Fab. 45. *Err. Prag.* 10. vid. & Vaud. 2 *Q.* 13. An & hypothecaria actio pro ita donatis uti pro legatis. Negant vulgo quia ſpecialiter ex privilegio inducta hypotheca ad alios caſus extendi non debeat. Sententia placet A. Fab. 48. *Err. Prag.* 9. ratio diſplicet, quia facile hic extenſio fieri poſſet ex *L. ult. C. h. t.* iuxta interpretatione. Quin & *L.* 15. *h t.* fit extenſio. Ratio autem Fabro ea videtur; quia, inquit, aut fit per ſtipulationem, & exinde, niſi pignoris in ea mentio, naſci nequit *L* 99. *de V. O.* aut per traditionem, & obligationem non parit, cum nec contractus ſit. Nulla igitur nec tacita hypotheca, quia illa acceſſoria ad perſonalem obligationem Sed præſupponit eam nec in teſtamento nec nudo pacto fieri. Quid vero impedit, ſic ſtipulatione celebrata, tacitam hypothecam a lege induci. Siquidem ea eſt tacita, quæ non ex conventione partium, ſed ſolius legis diſpoſitione. Admiſſa itaque extenſione *L.* 2. *C. Com. de leg.* neceſſe erit & hanc recipere. Quare ſi vera DD ſententia, vera quoque eorundem ratio. Sin falſa hæc, quod magis puto per verba extrema *L. ult. C. h. t.* ea quacunque parte &c. itidem ſententia.

XII. Sed qualiſcumque hæc ſit actio, ſemper huius donationis revocandæ cauſſa conſtat competere condictionem ob rem dati cauſſa non ſecuta. *d. L. ſenatus*, §. 1. *de mort. cauſ. don.* Recte ob rem dati. quia huic condictioni toties locus eſt, quoties aut cauſſa nondum ſecuta eſt, aut non eſt ſecuta ex voluntate dantis. Id autem fit, in donatione cauſſa mortis, ſive poſt pœnitentiam donator decedat, ſive decedat mortuo iam ante donatario: quia his caſibus moritur donator, ideſt donationis cauſſa ſequitur, revocata iam ante donatione, aut certe cauſſa revocationis iam ante conſtituta.

XIII. Si hic condictio eſt adverſus donatarium, conſtat eſſe adverſus eum qui ſit obligatus ad res donatas reddendas. *L. actionum, de obl. & act.* Unde ergo hæc obligatio, ut in hunc locum a nobis referri debuerit? Et res expedita eſt ex eo quod placet hic eſſe condictionem ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta. Effectum eſt enim ſupra totum hoc genus obligationis eorum quæ ob rem dantur, ex contractu eſſe quia ex tacita conventione; & quia non eſt niſi de eo reddendo, quod prius acceptum eſt, ideo re contrahi obligationem. De quo genere obligationum nunc agimus. Quare ſciamus & in obligatione huius donationis, qua tenetur donatarius ad ea reddenda quæ accepit, eadem hæc omnia intelligenda eſſe, meritoque & obligationem ad hoc genus referri.

C A P. X X X I V.

De precario: Quid ſit: Quæ hinc & cuius generis obligatio: Cur tractatio in hunc locum dilata: Tum quibus rebus diſtet precarium a donatione, & commodato.

Precarii tractatio brevis, & propria huius loci. I.
Quid ſit precarium. II.
Ex conventione eſſe, & hinc ex contractu precarii obligationem, quæ ex re tradita initium ſumit. III.
Conventio hæc tacita; & unde repetatur. IV.
Quare precarium non annumeretur contractibus nominatis. V.
Quatenus obligatione differat precarium a donatione & commodato. VI.
Item quatenus actione. Quo ſenſu a Paulo civilis eſſe negatur actio præſcriptis verbis. VII.

I. Atque hæc ſunt, quæ ad univerſum genus datorum ob cauſſam viſa ſunt pertinere. Quibus pertractatis, breve eſt, quod de precario ſubiicimus. Nam hunc quoque contractum eiuſdem generis ſpeciem fecimus; dum hoc ſtatuimus hic quoque obligationem ex re naſci, interpoſita conventione de eadem re reddenda: ſed conventione, in qua obligatio non nomine certo contractus indicetur, ſed ex ſententia contrahentium ratione colligatur. Cuiuſmodi conventionem in his quæ ob cauſſam data ſunt, ſupra per omnia agnovimus. Et quid hic agatur, verbi definitio indicabit.

II. Eſt autem precarium, quod precibus petenti utendum conceditur. Sic enim definit Ulpianus in *L. 1. D. de prec.* Adde, nullo certo præſcripto utendi fine aut modo: qua ſola adiectione, ſi rem ſpectamus, precarium a commodato diſtinguitur, ut docuimus ſupra *huius Libri Cap.* 2.

III. Iam ex hac definitione, quid negotii hic geratur, ſpectemus. Primum apparet, ſi qua hinc obligatio eſt, ex re tradita naſci, cum non ſit precarium, niſi quod prius conceſſum fuerit petenti. Quid autem agitur hac conceſſione? Nempe hoc, quod adiicit Ulpianus in *d. L. 1. de prec.* ut tamdiu conceſſum maneat apud accipientem, quandiu is qui conceſſit, patitur: tunc autem hic recipiat, cum ei libuerit precarium ſolvere. Conventio igitur hic eſt, qua de eadem re reddenda, quæ accepta eſt, agitur. Proinde & hic obligatio ex contractu, quia ex utili conventione: contractus autem is, in quo obligatio hæc omnis re contrahatur, ut quæ ex re tradita initium ſumat.

IV. At hic nullam iſtiuſmodi conventionem de re reddenda videmus. Sane nullam, quæ verbis exprimatur. Sed exprimi non eſt neceſſe. Satis eſt ex his, quæ geruntur, tacite intelligi. Quidquid in re gerenda agitur, pro cauto habendum eſt, ut ſæpe antea diximus, quando conventiones tacitæ non minus valent, quam verbis nuncupatæ. *L. 3. D. ſi cert. pet. L. 4. D. de pact.* Contractum autem

tem hic & conventionem ſubeſſe, una hac re veteres ſatis probant, quod ad precarium repetendum dederunt actionem præſcriptis verbis, ac non tantum interdictum. *L. 2. D. de precar.* Non eſt enim actio præſcriptis verbis, niſi ex contractibus. *L. 1* & *L. 3. D. de præſcr. verb.* Unde ergo conventio iſta intelligitur? Ex eo, inquit Ulpianus, quod precarium beneficii eſt & liberalitatis. Natura autem æquum eſt, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, & ut poſſim revocare, cum mutavero voluntatem. Hoc ille in *L. 1. & 2. D. de prec.* Atque ut hoc æquum: ita ut fiat, dantis & accipientis idem ſenſus eſt. Hic autem ſenſus, conventio.

V. Sed cur precarium non inter eos contractus referimus, qui ſub nomine certo conventionem reddendi habent? præſertim cum inter eos numeretur maxime commodatum, cui ſimile eſſe precarium diſerte Ulpianus ſcribit in *d. L. 1. de prec.* Et quidem ego ita volui aliquando, & propter ſimilitudinem facerem libenter. Sed veteres prohibent, qui precarii recuperandi cauſſa [1] actionem præſcriptis verbis dantes, ſatis nos docent precarium non eſſe ex genere eorum contractuum, quorum appellationes ullo iure civili ſunt proditæ: ſi quidem de his negant competere actionem præſcriptis verbis *L. 1. 2. 3. D. de præſcr. verb.* Unde & hos contractus titulis quam longiſſime diſſitis alterum ab altero diviſerunt. Qui minus ergo precarii verbum nomen ſit proprium contractus, quam commodati? Quia precarii verbum, ut apparet, pertinet generaliter ad res omnes, quas precibus ab alio impetramus, ſive ad uſum, ſive ad fructum, ſive ad proprietatem: itaque & commodatum ipſum, precarium eſt. Quæ res declarat non eſſe hanc appellationem certi alicuius contractus. Non immerito igitur & hunc contractum ab eo genere removemus, in quo eſt commodatum. Nec aliunde magis huius nominis, & conventionis, quæ hic ineſſet, incertitudo animadverti poteſt, quam quod ab initio de precario interdictum tantum propoſitum fuit, quaſi de eo aliæ actiones tanquam ex contractu deeſſent. Tandem agnita hic quoque reddendi conventione, etiam in eo contractum eſſe veteres admiſerunt; ſed contractum incerti nominis; unde & actionem præſcriptis verbis, ut dixi, dederunt.

VI. Quod de huius contractus natura notandum ſit, duo ſunt precarii propria, quibus & a donatione & a commodato diſtinguitur, obligatio, & actio. Quid his rebus diſtet a donatione, ſatis conſtat. Utrumque quidem liberalitatis eſt: ſed qui donat, inquit Ulpianus in *d. L. 1. de prec.* ſic dat, ne unquam recipiat: at qui precario concedit, ſic dat, quaſi tunc recepturus, cum viſum erit repoſcere. Ita precarium revocari poteſt. Donatio ſemel perfecta non revocatur, niſi ex his cauſſis, quibus poſtea incidentibus placet iure revocari poſſe, de quibus ſupra diximus. Eaque ſumma eſt Tituli *C. de revoc. donat.* Quod ſi commodatum cum precario [2] comparari placet, ſic precarii obli-

1) Diſſ. Cuiac. 4. *Obſ.* 7. volens eſſe donationem magis quandam, ac præſcriptis verbis actionem dari magis ex bona fide *L. 2. §. 2. h. t.* id eſt æquo & bono, tacitoque contractu quam ex negocio geſto. *Et ad L. 35. de R. I.* putat eſſe quaſi contractum. Et contractum eſſe negat Gilh. Reg. 1. *Enant.* 10 per *L. 14. h. tit.* Nemo enim alium iure civili ex beneficio & liberalitate obligat. Henr. Heideicc. in *L. naturalis de præſcr. verb. Axiom.* 30. duo precarii genera ſtatuit. (1) Vere gratuitum ob puras preces conceſſum, nec tempus nec modum ſinemve recipiens, nec actionem civilem pariens. *L. 14. h t.* 2. Cui lucellum aliquod, exemplo commodati *L. 5. §. 2. Commod.* accedit *L. 20. h. t.* quod modum & quidem finem, aſt non itidem tempus arcitatur *d. L. 20. L. 4 § ult L. 5. h. t.* Ex hoc, ait, ſolo præſcriptis verbis actionem, quia etſi contractus non ſit, tamen, ad inſtar donationis quandoque per contractum innominatum celebratur *L. ult. C. de permut. L. 8. C. de cond. ob cauſſ.* & civile geritur negocium cum & precario dans utilitatem aliquam percipiat. Sed nec hanc diſtinctionem ſatis firmam puto, quam aperte repudiare videtur *L. 2. §. ult.* verbis *ex hac ſolummodo cauſſa quod preces adhibuit* Nam nec in commodato ab initio honor aut remuneratio intervenire poteſt, ſed finito rei uſu &c. arg. eorum quæ *ſupra Lib.* 13 *C.* 10 *N.* 7. Nec ille interventus variat naturam illius aut efficit ut ſpecies oppoſitæ Commodati conſtitui poſſint (2) Gratuitum & mercenarium, quia quæ ex accidenti veniunt differentiam ſpecificam non inferunt. Nec, etſi eam firmam eſſe largirer, ſatis apte tamen verba late patentia *d. L. 2. §. 2. L. 19. §. ult* tam anguſtis finibus coerceri debere concederem. Denique precarium omnimodo tempus averſari aperte probat *L. 12. pr. h. t.* Nec ad rem faciunt *dd. LL.* ab Heideccio allatæ. Nam ad tempus quidem rogari poſſe probant, nec minus poterit, nudis precibus; ſed ad illud neceſſario perdurare minime inferri poteſt, id quod *d. L. 12. pr.* plane negatur. vid. *N.* 3.

2) Cuiac. 23. *Obſ* 21. ſic: Ex commodato ultro citroque obligatio, ex precario non item: Intempeſtiva enim revocare poteſt, qui precario dedit, quod non poteſt commodans. Et hinc in precario dolus ſolum venit (2) ait Cuiacius maxima differentia noſtris ignota: Pupillus actione Commodati non tenetur, niſi vel locupletior, vel dolum admiſerit. Interdicto autem de precario indiſtincte, etſi rogaverit ſine tutore *L. ult. §. ult. h. t.* Ratio ex varietate formularum: illic, *Quod te dare oportuit*; hic, *Quod precario habes.* Nec enim ut Interdictum hoc detur, quæritur an ſit obligatus, ſed an rem habeat. Sed nondum percipio ego, qui facile contingere queat ut pupillus acceptione precarii, ſi rem adhuc habeat, eo enim caſu ſolo tenetur *d. § ult.* redditus ſit pauperior, ſeu, quod idem eſt, non locupletior. Nec igitur video quæ illa maxima, interpretibus ignota, differentia. (3) Heres rogantis precario non tenetur, niſi quatenus ad eum pervenit, ſeu quatenus habet *L. 8. §. ult. h t* Heres commodatarii, etſi nihil pervenerit *L. 12 de O. & A.* Recte hæc, quæ & ſatis probant Precarium non eſſe contractum. Addit Gomez. 2. *Reſol.* 7. *n.* 1. quod in precario transfert poſſeſſio naturalis *L. 15. §. pen & ult. h. t.* non æque in commodato, vid. & de differentia a Commodato Covar. 3. *Reſol.* 15. *n.* 7. Mozz. *de Commod. Col.* 3. *de eſſentialib. n.* 8. *& ſeqq.*

obligatio eſt, ut ſit ex parte minor, quam in commodato; ex parte plenior. Minor in eo, quod cum in precario utilitas ſolius accipientis non minus verſetur, quam in commodato, placet tamen in precario eum qui accepit, dolum ſolum præſtare; culpam nequaquam, niſi dolo proximam. Sic eſt de eo edictum prætoris. *L. 2. L. quæſitum, 8. §. eum quoque, D. de prec.* Æquitas hæc interprete Ulpiano in *d. §. eum quoque*, quod totum precarium ex liberalitate deſcendit eius, qui precario conceſſit. Unde intelligi vult, & recte, uſum quoque precarii apud accipientem liberum eſſe debere ita, ut ne quid ab accipiente exigatur ſecus, quam pro captu ſuo intelligit, & quam in ſuis rebus faceret. Sed cur non idem dicamus in commodato, quod & ipſum beneficii eſt & liberalitatis? *L. in commodato, §. ſicut. D. commod.* Eo fit, quod cum in commodato præſcribatur certus utendi finis aut modus: *d. L. in commodato, §. ſicut.* hactenus etiam liber uſus rei commodatæ denegatur commodatario, ut hac parte ſe commodator reſpiciat, non accipientem. Rurſum ex parte maior eſt precarii obligatio, quod commodatum repeti non poteſt, priuſquam commodatarius ad modum & finem præſcriptum uſus ſit: Precarium autem, ut ſupra poſuimus, quandocumque danti viſum eſt, [3] repeti poteſt; *d. L. 1. 2. D. de prec.*

VII. Iam actio precarii nomine non certa & vulgaris, ut in commodato, & ſimilibus contractibus, quorum ſunt certæ iure civili proditæ actiones: ſed actio præſcriptis verbis, ut dixi; nempe ut in his; quorum non ſunt vulgaria & uſitata nomina actionum. *d. L. 2. 3. D. de præſcr. verb.* Sed an videtur Paulus actionem præſcriptis verbis admittere de precario, qui in *L. interdictum, 14. D. de prec.* ſcribit interdictum de precario ideo interdictum eſſe, quia nulla eo nomine iuris civilis actio eſſet? nam certe actionem præſcriptis verbis conſtat eſſe actionem civilem. Sic nominatur in *L. ſolent, D. de præſcr. verb. L. iuriſgentium, D. de pact.* Et civilis verbum ambiguum eſt. Proprie iuris civilis actio dicitur, quæ eſt directa, ideſt ipſis verbis iuris civilis prodita. Hoc ſenſu recte negat Paulus de precario ullam actionem competere iuris civilis. Nam nec talis eſt actio præſcriptis verbis. At paulo generalius etiam dicitur civilis actio, quæ eſt [4] utilis, ideſt inducta ex ſententia legis per interpretationem. Ac talis eſt præſcriptis verbis actio, ut pluribus oſtendimus in *Libro de præſcriptis verbis & in factum actionibus, Cap. 23.* Quo iam ex ſenſu recte dicatur hæc actio civilis, quam prius iuris civilis actionem eſſe negabat Paulus. In quam ſententiam etiam plura ſcripſimus eiuſdem *Libri Cap. 20.*

3) Quia cum non ſiat ad certum & deſtinatum uſum, ideo non, uti in Commodato, tacite tempus cenſetur adiectum. Menoch. *Arb.* C. 23. Quin nec conventio aperta, ut ad certum tempus precario teneatur, quidquam repetenti obeſt *L. 12. pr. h. t.* quia ſubſtantiali formæ precarii contraria, Hot. *Ill.* Q. 37. Bron. 1. *Aſſ.* 41. Implicat autem contradictiones, ut precario quis teneat ad tempus, quia precario eſt quandiu voluerim. A. Fab. *ad L. 7. §. 5. de pact.* Sane confeſtim atque res conceſſa eſt, repeti non poſſe, ne beneficium corrumpatur, aut officiat potius; ſed dato aliquali temporis ſpacio humanius eſt per *L. 17. §. 3. in ſi. Commod.* Covar. 3. *Var. Reſol.* 15. Vinc. Caroc. *de Excuſſ. bonor. P.* 2. Q. 14. *n.* 36. diff. Cuiac. *in Par. C. h. t.* Finitur & precarium morte accipientis, nec ad heredes tranſit *d. L. 12. §. 1.* Nec obſtat *L. pen. h. t.* Nam ibi *ſuorum* nomine domeſtici ſignificantur, non heredes. Gothofridus *ibid.* Forner. 3. *Rer. Quotid.* 4. Non autem morte concedentis, antequam heres revocat *L. 8. §. 1. h. t.* Quod Deci. ad *L. 23 de R. I. n.* 13. *& ſeq.* ac Covar. 3. *Reſol.* 15. *n.* 3. *&* 4. declarant, ſi ſcilicet ſimpliciter, vel donec revocatum fuerit, conſtitutum ſit; quia revocatio morte non contingit, ſed ad eam nova voluntas requiritur. Sed ſi ita donec voluerit concedens, morte finiri putant, quia voluntas expirat. *l. 4. Locati.* Nec recte *Gl. in d. L.* 8. §. 1. novum precarium induci. Quin imo idem manet & dicitur tranſire; non igitur novum. Si de nova conceſſione agitur, etiam heres rogantis eam impetrare poteſt. Vid. Georg. Enenckel. *Lib.* 3. *de Privil. C.* 1. *n.* 11. *& ſeqq.*

4) Ita & Pac. 7. Q. 21. Actio præſcriptis verbis nulla lege conſtituta, ſed interpretatione ICtorum inducta. Deinde reſp. Pac. Interdictum de precario eſſe antiquius actione præſcriptis verbis. Et tempore interdicti propoſiti nullam fuiſſe actionem civilem. Aliter Hedeic. ut *ſupra N.* 2.

CAP. XXXV.

De altero genere obligationum quæ re contrahuntur, in quo quid ita datur, aut fit, ut pro eo præſtetur aliud.

Transitio ad eos contractus, in quibus quid datur aut fit ita, ut præſtetur aliud. I.
Horum tractatio brevior, & quare. II.
Contractuum, qui expreſſum factum & conventionem habent, ſpecies quatuor, & quæ. III.
Obligatio omnium communis præter pauca quorundam ex his propria. IV.
Communis quoad tria 1. *Quoad civilem obligationem*. V.
2. *Eamque interventu rei initam*. VI.
3. *Quoad præſcriptis verbis actionem, eamque ſolam*. VII.
An in ea ſpecie, facio, ut des, *competat actio præſcriptis verbis, an vero de dolo*. VIII.
Quæſtionis cauſſa & utilitas. IX.
Pauli locus paucis exponitur in L. ſi naturalis 5. §. quod si faciam D. præſcr. verb. X.
Fuſior eiuſdem loci, & totius quæſtionis explicatio quo e loco petenda. XI.
In his duobus generibus: do, ut des; do, ut facias *obligatio propria; eaque duplex, & duplex actio*. XII.
Utraque cum obligatio, tum actio non concurrit; ſed vel una, vel altera optanda. XIII.
Quando condictio dati ceſſet in illis duobus generibus: & quæ alia ſit actio ſubſidiaria. XIV.
Quare una dumtaxat in his: facio, ut des; facio, ut facias, *contrahatur obligatio; & quæ illa*. XV.
Quæ ad contractus pertinent, qui incertum habent factum, aut conventionem, quo loco diſputata. XVI.
Nonnulla de dotis promiſſione, actione, hypoteca. Aliorum inopia excuſata, aliorum indicata tractationis ſedes. XVII.

I. SAtis iam dixiſſe videmur de primo genere ſummo eorum contractuum, qui re fiunt. Sequitur alterum, de quo cognoſcamus. Meminerimus enim duo genera ſumma eorum contractuum initio a nobis poſita eſſe, quorum in uno res daretur, ut reddatur idem vel ſpecie, ut in commodato, vel genere ut in mutuo: in altero ita quid detur aut fiat, ut præſtetur aliud. Primum genus rurſum in duo alia genera ſubiecta nos diviſiſſe, ut unum eſſet eorum, in quibus conventio de re reddenda nomine proprio contractus indicaretur, cuius generis hi ſunt, Mutuum, Commodatum, Pignus, Depoſitum, Dos, Donatio propter nuptias: Alterum eorum in quibus conventio de eadem re reddenda nec exprimeretur verbis, nec deſignaretur ullo certo nomine contractus, ſed ex ſententia contrahentium ratione colligeretur. In quo genere poſuimus res ob cauſſam datas, & quæ huius generis eſſent, quibuſque de cauſſis repetendi ius eſſet, oſtendimus. Poſuimus in eodem genere & Precarium. De quorum omnium natura, & obligatione cum dixerimus; nempe nobis reſtat alterum illud eorumdem contractuum genus, in quo ſunt hi, in quibus id agitur, ut re aliqua data factave præſtetur aliud.

II. In quo explicando nunc eo erimus breviores, quod quæ huic generi ſpecies ſubiectæ eſſent, ſatis ſupra expoſuimus *Lib.* 12. *Cap.* 14. Itaque his inde petitis, tantum quod ſupereſt, & quod præcipue in contractibus exſequi inſtituimus, eorum naturam attingam, & quid ad obligationem proprium habeant, breviter oſtendam.

III. Et ſint in hoc genere primum illi contractus nobis propoſiti, qui expreſſam traditionem, & expreſſam de alia re præſtanda conventionem habent. Diximus, quod natura nos docet, & hinc ſumptum tradit Paulus in *L. naturalis*, 5. *D. de præſcr. verb.* huius generis quatuor eſſe ſpecies. Aut enim do, ut des, veluti, do tibi Pamphilum, ut mihi Stichum des: do ædes, ut mihi des ſundum Cornelianum: in quo genere verſantur permutationes, item & diviſiones rerum communium. Aut do, ut facias, veluti, do Stichum, ut Pamphilum manumittas; do pecuniam, ut negotia mea geras. Aut vice verſa facio, ut des. Ut manumitto Stichum, ut mihi Pamphilum des; remitto tibi actionem quam inſtitui, ut mihi fundum illum cedas. Aut facio ut facias. Veluti, negotia tua hic gero, ut mea geras Romæ; Stichum manumitto, ut Pamphilum manu-

manumittas. In his ſi de obligatione quæritur, de eo ſic habendum eſt. Non ſunt hæ ſpecies ut diſcrimine factorum, ſic iure ita diſtinctæ, ut ſingulæ diverſo iure habeantur. Continentur eodem iure prope omnes. Proprii in ſingulis nihil admodum; aliquid tamen.

IV. Sit igitur initio hoc conſtitutum, in obligatione horum generum, quæ modo, ut dixi, expreſsum factum, & expreſſam conventionem habeant, qualia ſupra propoſuimus, quædam eſse omnium communia, ac prope omnia; quædam quæ pauca ſunt, quorundam ex his propria.

V. Communia ſunt hæc tria; ad rem petendam de qua convenit, obligatio civilis; obligatio quæ re contrahitur; & una actio præſcriptis verbis, non aliæ. Primum ex omnibus obligatio pariter naſcitur iure civili, ut des aut facias id de quo nominatim convenit, ut dares aut faceres, unde & in ſingulis contractus. *L. iuriſgentium*, in pr. *D. de pact.* Non enim hic nuda eſt conventio, ut quis dicat ex pacto actionem non naſci, ut eſt regula iuris; *d. L. iuriſgentium*, *§. ſed cum nulla*, *§. quinimo*, *D. de pact.* ſed præter conventionem res acceſſit. Dedi amplius aut feci aliquid ea conventione, ut viciſſim illud de quo convenit, dares aut faceres: in quo negotium civile & ad firmandam obligationem præcipue efficax geritur. *L. legem*, *C. de pact. L. ſolent*, *D. de præſcript. verb.*

VI. Secundum illud commune, ut in omnibus obligatio re contrahatur. Qua parte obligatio ad id genus, quod tractamus, pertinet. Volumus enim ſuperiora facta sic intelligi, ut in his vere ideo naſcatur obligatio quia prius dedi, aut feci, ut deinde viciſſim quid dares, aut faceres. Illos autem contractus, in quibus eadem quidem facta interveniunt, ſed ita, ut ſine his ab initio naſcatur ſolo conſenſu obligatio, hinc excipi volumus: ut & verbis ipſis ſuperiorum generum propemodum removentur. Ac de his ſupra diximus. In quibus vero non aliter naſcitur obligatio ex conventione, quam ſi prius dederim aut fecerim, ut ex conventione dares faceres: in his vere dixerimus obligationem re contrahi: ut in quibus res tradita initium præbet obligationi, ut de permutatione Paulus loquitur in *L. 1. D. de rer. permut.* Sed & de eo plura diximus ſupra *Lib. 12. Cap. 12.*

VII. Tertium efficitur ex prioribus duobus, ad effectum quidem obligationis pertinens, verumtamen ex effectu obligationem iſtorum generum confirmans. id autem tale eſt, nam cum in his generibus omnibus obligatio naſcatur ex contractu, & eo qui iure fiat, in quo vel maxime geritur negotium civile: conſequens eſt ex una eademque obligatione actionem quoque unam eſſe, omniumque communem: id eſt ex civili obligatione civilem quoque actionem, & eam quæ dicitur a veteribus actio præſcriptis verbis, in factum, præſcriptis in factum verbis. Quod eo pertinet, ut ſtatuamus ex nullo iſtorum generum eſſe actionem de dolo, ubi civilis actio ex civili obligatione & contractu competat. Ita enim eſt conditio actionis de dolo, ut non ſit ei locus, ſi ulla alia actione, ullove remedio alio res ſalva eſſe poſſit. *L. 1. §. ait*, & deinceps, *L. & eleganter*, in pr. *D. de dol. L. pen. D. de in integr. reſt.*

VIII. Ac de tribus illis non dubitatur, cum do ut des, do ut facias, facio ut facias. In quibus omnibus ut fiat, quod promiſſum eſt, eſſe actionem civilem præſcriptis verbis diſerte ſcriptum eſt in *L. naturalis*, in princip. *§. 1.* & *§. ult. D. de præſcript. verb.* In quarta ſpecie, cum facio ut des, ut negotium idem, eadem civilis obligatio hinc nata eandem actionem admittunt, ut dixi, probaturque in *L. 2. L. 3. D. eod.* ſic & multos locos in eandem ſententiam diſerte ſcriptos legimus, ut *L. ſolent*, 15. *L. ſi tibi polienda*, 22. *D. de præſcript. verb. L. cum mota*, *C. de tranſact. L. iuriſgentium*, in princip. *D. de pact.*

IX. Sed rem dubiam fecit Pauli locus de hac ſpecie in *d. L. naturalis*, *§. quod, ſi faciam*. In quo ille repudiata ut videtur, actione præſcriptis verbis, ſolam relinquit actionem de dolo. Sic enim ſcribit: *quod ſi faciam, ut des, & poſteaquam feci, ceſſas dare: nulla erit civilis actio. Et ideo de dolo dabitur.* Actionem præſcriptis verbis civilem eſſe conſtat. *d. L. ſolent*, *de præſcr. verb. L. iuriſgentium*, *D. de pact.* Quare cum nullam actionem civilem ex hoc genere eſſe dicit, ſi generalitatem verborum ſequimur, aperte actionem præſcriptis verbis excludit. Merito igitur quærendum de eius loci ſententia, & in ea controverſia utram potius ex his actionibus in hac ſpecie & quam convenienter ei loco dandam putemus. Neque hoc ſupervacue quæritur, quaſi nihil interſit utra detur ad id petendum, de quo convenit, dummodo detur aliqua. Nam inter has actiones ad ius tam actoris, quam debitoris multum intereſt. Actio præſcriptis verbis famoſa non eſt. Nulla enim actio huiuſ-

modi

modi notatur edicto de infamibus. *L. 1. D. de his qui not. inf.* Actio de dolo damnatum eo iudicio infamem facit eodem edicto. *L. 1. de his qui not. inf. L. pen. D. de in int. reſt.* Actio præſcriptis verbis, quia ex contractu eſt, & rei perſecutionem continet, perpetua eſt, heredibus datur, & in heredes. *Inſtitut. de perp. & temp. action.* in princip. & §. 1. Actio de dolo intra biennium ſolum concluſa eſt. *L. ult. C. de dol.* Et quia ex delicto eſt, ac pœnam continet, in heredem non datur, niſi de eo quod ad eum pervenit. *L. ſi plures*, §. 1. *D. de dol.* Merito ergo redimus ad quæſtionem, utram actionem ex his in propoſito dandam putemus, & in eo quæ ſit ſuperioris loci ſententia. Et iam dixi, etiam tunc cum feci, ut dares, eſſe mihi actionem præſcriptis verbis, qua tecum agam in id quod mea intereſt, ſi non des id de quo convenit: eo fieri, ut in eam rem non ſit de dolo.

X. Quod ad ſuperiorem locum Pauli attinet, fatendum eſt eum plane repugnare, ſi generalitatem verborum ſequimur. Sed efficiendum eſt, ut præcedentibus ſubſerviat, atque ex his ita interpretandus, ut ſi faciam ut des, ac poſteaquam feci, ceſſas dare, nulla ſit civilis actio: intellige, nulla talis, qualem ſupra commemoravit, id eſt nulla condictio ad repetendum id quod factum eſt, aut eius facti incommodum. Nam prius duas actiones poſuerat, actionem præſcriptis verbis de eo quod convenit, & condictionem eius quod datum eſt. Actio quidem præſcriptis verbis dicitur civilis, ſed minus proprie. Paulus certe ipſe, de cuius ſententia nunc agitur, alibi negat eſſe civilem. Negat enim in *L. interdictum*, *D. de prec.* ullam actionem iuris civilis, id eſt civilem, competere de precario: ut appareat, ſi de eo etiam actio eſt præſcriptis verbis, ut certe eſt: *L. 2. D. de prec.* hanc actionem Paulo non eſſe civilem. Quod quomodo accipiendum ſit, ſupra proximo capite oſtendimus. At condictio ob cauſſam dati cauſſa non ſecuta omnium conſenſu & civilis eſt, & vere civilis, quia certa, & certo iure prodita. Priore igitur remota ex uſu loquentis, intelligendum eſt relinqui hanc ipſam condictionem dati factive, quam neget Paulus in ſpecie propoſita ullam eſſe. Itaque hic erit ſenſus: cum feci ut dares, ſi poſteaquam feci, ceſſes dare, nulla mihi condictio eſt ad revocandum id quod feci, ut in ſuperioribus generibus duobus condictio eſt ad repetendum, quod dedi. Et ideo de dolo dabitur: nempe hoc ipſo caſu, in quem condictio petitur, & alia actio nulla eſt; & dabitur in hoc, ut quod mihi eo facto abeſt, id reddatur, in quam ſententiam *L. cum proponas*, *C. de dol.*

XI. Indigebat hæc interpretatio, ut in re uſque adeo controverſa, multo pluribus verbis & confirmatione certiore. Sed hoc loco omitto conſulto: quia de hac re tota diſſerui copioſius & ex profeſſo in libro de præſcriptis verbis & in factum actionibus. Unde ſi quis requirat certiorem explicationem totius huius quæſtionis petere licebit. Maneat ergo, quod propoſui, ſuperiorum generum communia eſſe hæc tria, cum de eorum obligatione quæritur; ut pariter ex omnibus ſit obligatio civilis ad id præſtandum, de quo convenit; ut ſit ea, quæ re contrahatur. Ut quoniam civilis hæc obligatio eſt, ſit ex ea quoque civilis actio, cuius ea vis ſit, ut ad id petendum de quo convenit, actionem de dolo excludat.

XII. Sunt & in his generibus quædam quorumdam propria. Et duorum priorum, cum ſcilicet do ut des, aut do ut facias, proprium hoc eſt, ut ſit in utroque duplex obligatio, & duarum rerum. Apparet enim in utroque id quod datur, dari ob cauſſam ut aliquid ſequatur, dum ita datur, ut des aut facias. Hinc, ut dixi, obligatio duplex. Una ex conventione aperta, qua continetur, ut des aut facias, ex qua eſt ad eam petitionem præſcriptis verbis actio. Qua parte pertinet obligatio ad id genus, de quo nunc agimus, in quo quid datur aut fit, ut præſtetur aliud. Altera eſt ex conventione tacita, poſita in eo, ut quod datum eſt, reddatur. Diximus enim ſupra, quidquid ob cauſſam non inhoneſtam datum eſt, cauſſa nondum ſecuta etiam ex pœnitentia repeti poſſe, *L. 3. L. 5. D. de condict. cauſ. dat.* Unde & condictio ob rem dati cauſſa non ſecuta. Hæc obligatio pertinet ad prius illud genus, quo id agitur, ut reddatur idem, quod datum eſt, non aliud. In quo & de hac ſpecie ante diximus.

XIII. Obligationes tamen hæ & actiones eiuſmodi, non quæ concurrant una, ſed quarum altera uti liceat, prout ei qui dedit, viſum fuerit; aut petere, quanti intereſt eius illud, de quo aperte convenit, accipere; aut datum repetere re nondum ſecuta. *d. L. naturalis*, in princip. & §. 1. *de præſcr. verb.* Nec quiſquam miretur ex uno contractu duas eſſe duarum rerum diverſarum obligationes. Unus enim contractus eſt, ſi complexum conventio-

num

num ſpectamus, quia earum unus eſt complexus. Re autem vera duo hic facta, duæ conventiones. Una ut des aut facias: altera, ut priuſquam dederis feceris, reddas quod accepiſti, ſi viſum erit repetere.

XIV. Quod tamen dicimus in his generibus eſſe dati condictionem, hactenus verum eſt, niſi ſervum tibi dederim, ut dares quid aut faceres; deinde ſervum acceptum manumiſeris, ac poſtea ceſſes dare id, de quo convenit. Nam hic manumiſſum condicere non poſſum, qui liber factus deſiit eſſe in commerciis, eoque & verſari poſſe in hominum petitionibus. Sed ne tibi dolus tuus proſit, placet te nihilominus mihi teneri, ut manumiſſi æſtimationem præſtes, ſi malim hanc conſequi, quam petere, quod promiſiſti. In quam rem cum non ſit condictio, quia æſtimationem tibi non dedi, reſtabat, ut ſi quam hic actionem eſſe vellemus, eſſet eo nomine actio de dolo. Quod & placuit: eaque ſpecies eſt, & ſententia *L. cum proponas, C. de dol.*

XV. In duobus generibus reliquis, cum facio ut des, aut facio ut facias, una tantum contrahitur obligatio ut des aut facias. Ut autem reddas, quod feci, nulla, ſi quidem dolus tuus abſit. Nam condictio quidem facti per rerum naturam nulla eſt, ubi nec factum poteſt reddi, quod præteritum evanuit: nec mutando revocari, quia facta infecta fieri non poſſunt. *L. in bello, §. facti, D. de captiv.* Poterat ſupereſſe actio de dolo; ſed huic locus non eſt niſi adverſus eum, qui dolum admiſit, fecitque dolo malo, ut cum ego feciſſem, tum non daret aut faceret, quod promiſit. Quod ſi dolus eiuſmodi aliquis arguatur, tum erit actio de dolo, de qua Paulus ſcribit in *d. L. naturalis, §. quod ſi faciam*. Sed in hanc rem, ut dixi, non ut præſtes id de quo convenit, ſed ut ſi malim, præſtes quanti intereſt mea factum non fuiſſe, quod feci. In quo ineſt quaſi quædam facti revocatio.

XVI. Hæc de his contractibus huius generis, in quibus aperte quid præſtatur ea lege item nominatim interpoſita, ut præſtetur aliud. Monui ſupra eodem *Capite 14. Lib. 12.* etiam ad hoc genus pertinere quoſdam contractus, in quibus cum idem fiat, & agatur, quod in ſuperioribus; tamen hoc diſtent, quod aut factum prius incertum habeant, aut habeant incertam conventionem, prioris generis eſſe promiſſionem dotis, & ſalarii pollicitationem: poſterioris obligationem iudicati, iuriſiurandi, & eam qua citra conventionem ullam tenemur certis quibuſdam perſonis, his ſcilicet, quibus in eam rem extraordinariæ actiones propoſitæ ſunt. In quibus cauſſis uti factum præcedens erueretur, ubi item conventio de alia re præſtanda, ac proinde uti in omnibus intelligeretur obligatio re contrahi, ſatis diximus eodem illo *Cap. 14. Lib. 12.* quia tum locus hanc explicationem poſtulabat. Quare his omiſſis, quid in his proprie notandum putem, quod ad eorum naturam plenius cognoſcendam pertineat, pauciſſimis perſtringam. Promiſſio dotis tunc valere incipit, cum nuptiæ ſecutæ ſunt. Ex ea eſt actio in perſonam. Quæ ſit, eodem illo capite a me ſcriptum eſt. Sed ei præterea privilegium hypothecæ adiunctum, ut quiſquis dotem promiſit marito, aut etiam pacto pollicitus eſt, eius res omnes pro dote ſint tacite pignori obligatæ. Conſtitutum a Iuſtiniano in *d. L. unica, §. & ut plenius, 2. C. de rei uxor. act.* Salarii pollicitatio præter ea, quæ eodem loco ſcripſimus, nihil habet, quod magnopere notemus. Iudicati obligatio & actio perſequitur exſecutionem rei ſecundum actorem iudicatæ. Proinde non prius qualis ea ſit, recte intelligi poteſt, quam cognitum erit, quæ ſit iudicii ratio quod tira iudicatum. Ideo & de ea in exſecutione ſententiæ dicetur opportunius. Iusiurandum ad dirimendas conventione lites, eoque & ipſum ad iudicia pertinet. Nos de hac ſpecie ex profeſſo ſcripſimus ad *Tit. D. de iureiurando*. De extraordinaria actione, quæ de honorario certis perſonis propoſita eſt, nihil habeo amplius, quod moneam, quam quod de his comprehenſum eſt in *L. 1. D. de extr. cognit.* & quod de origine & cauſſa huius petitionis adieci eodem capite, quod aliquoties iam indico, id eſt *Cap. 14. Lib. 12.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. XXXVI.

De obligatione verborum: Huius unam cauſſam eſſe ſtipulationem: Stipulatio quid ſit, & unde nomen: Quibus rebus ea perficiatur: Quæ eius ſpecies: Quæ hinc obligatio; Et quam recte ex verbis inducta, quæ ſine eiuſmodi verbis ſolo conſenſu nulla eſſet.

Tranſitio ad verborum obligationem. I.
Una verborum conceptio, quibus obligatio contrahitur: interrogatio & reſponſio de re aliqua præſtanda. II.
Conceptio illa verborum appellata ſtipulatio; & quare. III.
Notatio nominis atque etymon obiter; & quid ita. IV.
Stipulatio cauſſa obligationis verborum. V.
Contraria nonnulla removentur. VI.
Stipulationis obligatio conſenſu firmatur, & conceptione verborum. De conſenſu alibi. VII.
Conceptio verborum interrogatione conſtat, & reſponſione. Quædam utriuſque communia; quædam propria reſponſionis. VIII.
Communia tria, & quæ. IX.
Propria reſponſionis duo; & quæ illa. X.
Stipulationis genus unum, ſpectata forma verborum. Stipulationum diviſio a conſenſu. XI.
Ideo ſtipulationes aut voluntariæ, aut neceſſariæ. Quid illæ. XII.
Voluntariæ ex libera voluntate contrahentium. Eæ unius generis. XIII.
Neceſſariæ plures ex vario neceſſitatis genere. Triplex harum diviſio; & quæ. XIV.
Plura de ſtipulationibus quæri, quæ omiſſa a veteribus. Iſta quo in loco ab auctore diſputata. XV.
Quorſum ſpectet ſtipulationum a conſenſu diviſio. XVI.
Stipulationis effectus, obligatio civilis, & actio. XVII.
Pactiones omnes ſtipulatione firmatæ obligant. XVIII.
Quare civilis obligatio non pacto tribuatur, ſed verbis, ſeu ſtipulationi. XIX.
Quo ſenſu ex verbis naſci dicatur obligatio. XX.
Obligatio verborum cur ita nuncupetur. XXI.

I. HActenus de eorum contractuum natura & poteſtate, in quibus non ſola conventio, ſed res ante data factave ad conventionem accedens initium obligationi præbet, qui ideo re fieri dicuntur. *L*. 1. §. 1. *D. de pact*. Hos ſequitur in diviſione a Iuſtiniano propoſita id contractus genus, quo verbis ad conventionem accedentibus [1] contrahitur obligatio. Et hoc quale ſit, iam ordine conſideremus.

II. Illud primum, quæ hic verba accipere debeamus. In quo, ne plura hic quæramus, quam neceſſe eſt, ante omnia ſic habendum puto, eorum verborum, quæ valeant ad conſtituendam obligationem verborum eam, de qua nunc agimus, unum genus eſſe, non plura: unam denique conceptionem verborum cauſſam eſſe verborum obligationis, quemadmodum & una eſt verborum obligatio. Ea verba ſunt interrogatio & reſponſio inter aliquos interpoſita de re aliqua præſtanda, cum unus interrogat, an alter dare velit quid, aut facere; qui autem interrogatus eſt reſpondet ſe daturum, facturumve. Ut, decem dabis? dabo. Inſulam mihi in illo loco ædificabis? faciam. Sic deſcribuntur hæc verba in hoc genere obligationis. *Inſt. de verb. obl.* in pr. *L*. 1. §. *verbis*, *D. de obl. & act*.

III Eſt autem hæc conceptio verborum ea, quæ in uſu iuris uno verbo dicitur ſtipulatio. Sic enim ſtipulatio definitur, verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet. *L*. 5. §. *ſtipulatio*, *D. de verb. obl.* Ut appareat verborum obligationem eandem eſſe, quæ naſcitur ex verbis, & quæ naſcitur ex ſtipulatione. Nominis ratio huiuſmodi eſt.

Nam

1) Cuius origo an iuri gentium an civili adſcribenda? Poſterius placet Vacon. 5. *Declar*. 68. Cuiac. *ad L*. 1. *h. t. & ad L*. 1. *de pact. & in not*. §. 2. *I. de I. N. G. & Civ.* 5. *Obſ*. 36. *&* 14. *Obſ*. 40. Vult. *Pr. I. h. t. n*. 4. *& ſeqq.* Cl. David *in d. § ius a. gent*. 2. *n*. 6. Gœd. *de Contr. ſtipul. C*. 2. *Concl*. 1. Contra Rev. 2. *Var*. 5. Forcat. *Dial*. 70. *n*. 1. (hoc præter cætera argumento, quod per ſtipulationem Lex lata rogatione & reſponſione populi) Walt. 1. *Miſc*. 11. Hopper. *Lib*. 2. [illegible] *pag*. 34. origine eſſe iuris civilis ſentit, uſu iuris gentium, & exteris etiam permitti. Chiflet. *Lib*. 1. *de I. fideic. C*. 1. *ſub. fi.* olim fuiſſe iuris civilis, hodie iuris gentium &c. ſed plenius hanc quæſtionem excutit Gœd. *d. C*. 2. quam ad hoc adi.

Nam in hac actione interrogandi reſpondendique ſic perſonæ & facta contrahentium verbis notata & diſtincta ſunt. Qui interrogat, an alter daturus ſit, aut facturus necne, dicitur ſtipulari ſibi quid ab altero. Qui reſpondet ſe daturum facturumve, dicitur [2] promittere, item & ſpondere. Nec unquam iſta ita confunduntur in uſu iuris, ut qui ſtipulatur, dicatur promittere; aut qui promittit, ſtipulari, quandiu quidem ſtipulari active ſumitur, ut fere ſemper; alioqui etiam in paſſiva ſignificatione interdum uſurpatur de reo qui dicitur ſtipulari; & ſtipulatus, pro eo quod eſt interrogari, & interrogatus, ſeu ſtipulatione obſtringi, & ſtipulatione obſtrictus. Sed hoc rarius. In hoc quidem argumento, quod ſciam, fere nunquam. Hinc ſtipulator & promiſſor ubique oppoſita; ubique ſtipulandi reus, & reus promittendi. Sed tamen obtinuit, ut tota conceptio interrogationis illius & reſponſionis diceretur ſtipulatio: nempe ex parte totum, non ſane proprietate & comprehenſione verbi, ſed [3] conſequentiæ neceſſitate, cum ea pars ponitur, qua poſita, propter coniunctionem neceſſe ſit alteram intelligi. Quod in hac parte accidit, ubi non eſt ad obligationem ſtipulatio ſeu interrogatio utilis ſine reſponſione. Quod & in innumeris aliis appellationibus rerum obſervatur, ut donatione, promiſſione, ſponſione, fideiuſſione, ſatisdatione, ſatis acceptione, & ſimilibus. In quibus cum res geratur inter duos: quorum actiones verbis ſunt diſtinctæ, ex unius tamen facti appellatione tota actio deſignatur ob eam coniunctionem partium actionis, quam dixi.

IV. Stipulandi autem verbum etiam pro interrogare an des aut facias, prima fronte obſcuram rationem habet. Neque enim ſtipulari idem valet, quod interrogare. Sed nihilominus interrogationi iſti optime convenit. Eſt enim ſtipulari, interrogando quem an det aut faciat, ſibi ab eo cavere, & firmare obligationem. Origo verbi indicat, dictum eſt ſtipulari vel [4] a ſtipando, ut Varroni placet: vel, ut aliis, a ſtipulo, quod antiquis firmum ſignificabat. Quod & noſtri ſecuti ſunt. Utrumque autem huc redit, ut dictum ſit a firmando. Nomen ex re. Inventa eſt enim ſtipulatio firmandæ & adſtringendæ obligationis cauſſa. Quod ex effectu & obligatione poſtea intelligetur. Hæc attigi breviter, & ſine alia probatione conſulto, quia eadem iſta expoſita ſunt a me, & confirmata diligentius ad *L. 5. §. ſtipulatio, D. de verb. obl.* unde licet ſumere.

V. Redeo ad cauſſam huius obligationis, quæ eſt in ſuperiore conceptione verborum interrogationis & reſponſionis, uno autem verbo in ſtipulatione. Sic enim ut dixi, ea conceptio appellatur. Atque hanc quidem certam cauſſam eſſe conſtat, ex qua naſcatur iſta obligatio, de qua poſtea. Sed an ſola hæc cauſſa eius obligationis? Dixi [5] unam hanc eſſe, non plures. Idque ita eſt. Indicant tractationes de hoc genere, quæ exſtant cum in *Inſtitutionibus*, tum in *Pandectis*. Nam in diviſione obligationum pertractanda, cum ventum eſt ad obligationes verborum, una hæc cauſſa eius obligationis ponitur, non plures, non dico in *Inſtitutionibus*, quæ poſſunt videri breviores; ſed in *Pandectis* ſub Titulo omnium qui illic ſunt, fere longiſſimo, qui inſcribitur *de verborum obligationibus*. In quo de una ſtipulatione agitur, & ea quæ inde naſcitur obligatione verborum. Aliarum autem cauſſarum & ſpecierum huius obligationis ne tenuiſſima quidem ſignificatio.

VI. Nam quod legimus in *fragmentis*, quæ *Inſtitutionum* Caii nomine circumferuntur, etiam verbis conſtitui obligationem iureiurando, quo libertus iurat ſe præſtiturum patrono donum, munus, operas, item dictione dotis; præterquam quod ſatis refellitur ſuperioribus tractationibus huius generis, in quibus ne verbo quidem hæ

2) Cuiac. 15. *Obſ.* 22. minus eſſe promittere quam ſpondere: Seneca. *Iam non promittunt de ſe, ſed ſpondent.* Et verbo promittendi ſæpe pactum ſignificatur & pollicitatio, & omnis contractus. *L. 9. pr. de duob. reis L. 5. C. h. t. L. 19. §. 2. de ad ed* & A. Fab. 45. *Err. Prag.* 8. *p.* 987. Sed & vocis *ſpondere* latiorem ſenſum eſſe, nec tantum ad ſtipulationem, verum quoque ad pactum pertinere, teprobat Gœd. *ad L. 7. de V. S. n.* 18. *per L. 7. §. 12. de pact.* ubi tamen verſ. *niſi contrarium* Triboniani eſſe contendit Hot. 7. *Obſ.* 3. reſpicientis *ad L. 10. C. h. t.*

3) Propter relationem Bald *in L. 1. h. t.* addens quod verba reſtipulari, reſpondere, repromittere arguunt verba ſimplicia communia eſſe interrogantium & reſpondentium. Quod de verbo ſtipulari certum, de verbo ſpondere dubium, de verbo promittere omnino falſum puto.

4) Quod forte a ſtipite *d. Pr. I. h. t.* Ut enim ſtipes rem aliam munit, ita ſtipulatio obligationem cui ſubnectitur, vid. Cuiac. *in Par. C. h. & 10. Obſ.* 24. Vult. *pr. I. h. n.* 18. Gœd. *C. 1. Concl.* 1. Quin & ſtipes merces quæ ſtipatoribus ſeu militibus data, unde derivare malunt Coraſ. 1. *Miſc.* 25. *n.* 8. Catell. Cotta *in Memoral. v. ſtipulum* Chriſtian. Becman. *de Originib. Lat. ling. V. Stipa* a ſtipando, quod pecunia ſignata ſtiparetur. Feſtus *Lib.* 17. Sc. Gentil. *Orig. Lib. ſing. p.* 377. in agris hoc nomen inveniſſe cenſet, quod ſegetum manipulos ruſtici ſtipulis in morem nodi contortis, adſtringere & obligare ſolent. Sic ſtipulationes inventæ obligationibus adſtringendis. At Catell. Cotta *d. loc.* nunquam ſe apud probatos auctores *ſtipulum* pro firmo reperiſſe. Quaſi vero legerit omnes antiquos, qui pene omnes in vaſtationibus Italiæ interierunt, ait Greg. Lopez *Animadv. C. 9. n.* 18.

5) Diſſ. Cuiac. *in L. 1. & in tit. D. de pact.* paſſim & ad *L. 4. de tranſact.* ac multis tuetur contra Donell. Gœd. *de Contr. ſtip. in Prolegom. n. 7. & ſeqq.* ubi vide.

Digitized by Google

hæ ſpecies inter obligationes verborum uſquam appellatæ ſunt, atque adeo ne nutu quidem ſignificatæ; etiam per ſe falſum eſſe aperte convincitur aliis locis. Conſtat enim obligationem illam liberti naſci ex iureiurando, non ex verbis. Unde & iuriſiurandi obligatio dicitur, non verborum. *L. ut iuriſiurandi*, *D. de oper. lib.* In dictione autem dotis ſi qua olim verba neceſſaria fuerunt ad obligandum eum qui dixiſſet dotem marito, declaratur ſatis in *L. ad exactionem*, *C. de dot. prom.* non alia hæc fuiſſe, quam ſtipulationem. Hoc enim ſolum illic ex iure vetere remittitur. Utcumque autem in hac re olim fuerit obligatio, nunc quidem hoc conſtat, quod ſuperiore lege effectum eſt, nullam in hoc genere eſſe obligationem verborum, cum placeat ad exactionem dotis promiſſæ, quanvis pollicitationem ſufficere. De quo diſſerui fuſius in commentariis ad inſcriptionem *Tit. de verb. obl.* Sit igitur hoc conſtitutum, ut obligationis verborum cauſſa eſt ſtipulatio, ita & hanc unam cauſſam eſſe non plures. Ex quo huc res redit, ut quemadmodum ſub Titulis *de verborum obligationibus* factum eſt in *Pandectis*, & *Inſtitutionibus*, in tota hac quæſtione de cauſſa obligationum huius generis de ſola ſtipulatione, & conceptione ſuperiore quærendum ſit, & quid ea deſideret, videndum.

VII. Conſtat ſtipulatio verbis ſuperioribus citra controverſiam, quæ ita ſunt [6] propria huius contractus, ut inde etiam nomen habeat. Dicitur enim fieri verbis, *L. 1. §. 1. D. de pact.* Et quæ hinc obligatio eſt, ex verbis, & verborum, *§. ult. Inſt. de obl.* Sed conſtat ſtipulatio & conſenſu, ac niſi inter conſentientes nulla eſt. *L. inter*, *§. 1. L. continuus*, *§. 1. D. de verb. obl.* Commune hoc contractuum omnium, ut nullus ſit, qui non habeat in ſe conventionem, *d. L. 1. § 1. de pact.* Stipulatio autem [7] contractus eſt. *L. non ſolum*, *D. de obl* Unde & quæ ex verbis ſeu ex ſtipulatione naſcitur obligatio, dicitur eſſe ex contractu. *d. §. ult. Inſt. de obl.* Quid conſenſus hic deſideret, repetendum ex præceptis communibus de conſenſu & conventione, de quibus initio diximus.

VIII. Quid poſtulet verborum conceptio, quando hæc ſtipulationis propria eſt, etiam huius loci eſt, ut hic cognoſcatur. Conſtat ea conceptio, ut videmus, interrogatione dandi faciendive [8] præcedente, & reſponſione in eandem rem ſecuta. In his quædam ſunt communia utriuſque, quædam propria reſponſionis, quæ omnia ius requirat in hac conceptione.

IX. Communia tria. Primum, ut qui interrogat; & qui reſpondet, [9] ambo verbis id faciant loquendo, non autem interrogationem aut reſponsionem vel ſcripto vel nutu ſignificet. Alterum, ut uterque ex his alterum exaudiat, quod fit inter præſentes ſolum & facultate audiendi præditos. Tertium, ut uterque alterum ex auditu intelligat. Quorum priora duo ad verba colloquentium inter ſe; tertium ad conſenſum magis pertinet.

X. Propria reſponſionis duo. Unum, ut qui reſpondet, illico reſpondeat; ut quemadmodum in ſtipulatione una conceptio eſt, ita ſit unus contextus partium eius; id eſt interrogationis & reſponſionis. Alterum, ut reſpondeat convenienter interrogationi. Tot ſunt ad formam & conceptionem verborum ſtipulationis pertinentia, tractata ab Ulpiano in *L. 1. D. de verb. obl.* Ubi quid unumquodque poſtulet, quam vim habeat, & unde in

6) Licet cæteri fere per verba quoque explicentur, tamen hic non animi tantum declarandi cauſſa verba exiguntur, ſed in iis conſiſtit ſubſtantia conventionis: In cæteris autem conſenſus alio modo declarari poteſt. Gœd. *in Prolegom. n. 4. & C. 3. n. 75. & ſeq.* Male vero Rev. 2. *Var.* 5 omnes ſtipulationes fic ex interrogatione & reſponſione ſubſiſtere ipſo iure & lege civili, ut & iocandi animo interpoſita teneat. Legem ad formulam ſolum & nudam verborum pronunciationem reſpicere: Prætorem vero mentem intentionemque inſpicere. Nam refellitur ex *L. 3. in fi. de O. & A.* Nec ideo dicitur verbis contracta, quaſi verba ſufficiant abſque conſenſu, quod abſurdum, alias & furioſus ſtipularetur ſibi, ſed quod ſine iis conſenſus non ſufficiat. Hopper. *Lib. 2.* ***** *pag* 37. omnem ſolemnitatem in eo ponit ut in teſtationem referatur, idque vel advocatis teſtibus vel confectis ſcripturis, vel datis arrhis, vel coram populo, vel edicta coram tabellione Quod ſi nihil accedat interrogationi ac reſponſioni, non videre ſe, cui plus illi vigoris, quam nudæ conventioni. Sed illa iuris auctoritate carent, imo aperte adverſantur, & illius vigoris ratio certior *h. Cap. in ſi* Sine non quævis interrogationem ſubſequens reſponſio, etiam in negotiis hominum commercialibus, efficit ſtipulationem. Ut ſi rogantr: vendis mihi ædes 100. reſpondeat quis vendo; non eſt ſtipulatio contracta, ſed venditio, ceu probat *L. 35. § ult. h. t.* quod contractus conſenſu perfecti poſſint celebrari per interrogationem & reſponſionem; ſed ea non ſit neceſſaria, modo aliunde conſenſus appareat, vid. *L. 7. §. 12, de pact.* Vaſq *de Succeſſ. creat. Lib. 1. §. 5. n. 12.* Gœd *C. 1. n 67. & ſeq.* Forſt. *de Pact C. 7.*

7) Quod pluribus adſtruit Gœd. *C. 1. Concl. 3.* & quos citat *ibi n. 27.* quibus add. Bellon. *2. Suppur. 8.* Diſſ. quos refert ibid. *n 22.* & Hopper. *Lib. 2* ***** *cir. fin.* volens non tam eſſe contractum quam aliorum contractuum quoddam quaſi ſepimentum.

8) Non valet ſtipulatio niſi interrogatio reſponſionem præcedat *L. 52. §. 2. de O. & A. L 1. C. de Uſur.* Ratio vulgo redditur, quia ſtipulator alias certus eſſe nequit, an promiſſor animo obligandi reſponderit. Quæ etſi diſpliceat Alc. *a Parerg* 19. probatur a Walt. *h. 1. Miſc.* 23. ex illis Plauti *in Pſeudolo Act. 1. Sc. 1. Roga me ut me effecturum tibi quod promiſi ſcias.*

9) Vid. Gœd. *C 3 Concl. 9. & ſeqq.* Non per ſigna nec per ſcripturam, etiam inter præſentes, ut ſi, ne circumſtantes intelligant, unus interroget per litteras, alter reſpondeat *L. Titius 24. de Conſt. pec* Nec per verba alia ad id ſignificandum non apta, de quorum ſignificatione prius inter partes convenerat. Gomez. *2. Reſol. 9. n. 3.*

in ſtipulatione requiratur, ordine & dilucide expoſui.

XI. Ut ſtipulatio his rebus conſtituta una cauſſa eſt verborum obligationis: ita in hac ipſa cauſſa unum genus eſt ſtipulationis, non ut in ſuperiore genere, ſpecies plures, ſi formam, & conceptionem ſuperiorem ſpectamus. Sin ſpectamus conſenſum, quo pervenirur ad ſtipulationem conficiendam, hic nonnullum eſt inter ſtipulationes diſcrimen. Nam in quibuſdam liber eſt hic conſenſus, in nonnullis voluntas promiſſoris cogitur. Ex qua varietate eſt illa diviſio ſtipulationum, quæ traditur in *L. 5. D. de verb. obl.* & *Inſt. de diviſ. ſtipulat.* Omninoque ad eam libertatem & neceſſitatem ſtipulationis conficiendæ notandam referri debet. Quem uſum diviſionis alioqui magnopere neceſſarium ut certius nobis perſpicere liceat, ſic videtur diviſio tota ad eam rem quam commodiſſime concipi poſſe. Cum quæritur de conſenſu, quo ad ſtipulationem initio acceditur, ut hic conſenſus duplex eſt, ita hinc [10] duo genera nata ſtipulationum.

XII. Quædam ſunt voluntariæ, quædam neceſſariæ. Voluntariæ ſunt, in quibus volens volenti promittit, ut qui interrogatur, ſi velit, promittat: ſi nolit non cogatur. Hæ ſunt, quæ in ſuperiore diviſione veterum dicuntur conventionales. Quia ex ſola conventione contrahentium proficiſcuntur. Tales ſunt fere ſtipulationes omnes, exceptis certis quibuſdam, quæ ſunt in altero genere. Neceſſariæ ſunt, quæ invito promiſſori iniunguntur, ut quanvis ſtipulanti nolit promittere ſua ſponte, tamen iure cogatur.

XIII. Voluntariarum ſeu conventionalium ſtipulationum cauſſa una eſt, voluntas nimirum libera contrahentium. Ideo earum, qua ſtipulationes ſunt, genus unum eſt, & ſimplex.

XIV. Neceſſariarum cauſſæ variæ. Ita enim in his promittendi neceſſitas eſt, uti ſunt, qui hanc neceſſitatem imponunt. Atque hinc neceſſariarum ſpecies & diviſio. Imponitur hæc neceſſitas alias a iudice, alias a magiſtratu iudicis partibus non fungente. Hinc neceſſariarum ſpecies tres, iudiciales, prætoriæ, communes. Quæ ſunt tres illæ reliquæ, quas a conventionalibus diſtinctas in ſuperiore diviſione veteres poſuerunt. Iudiciales dumtaxat ita definiunt, quæ a mero iudicis officio proficiſcuntur. Id eſt quæ a ſolo iudice iudicio de alia re inſtituto, eius iudicii firmandi cauſſa promiſſori iniunguntur. Prætorias, quæ a mero prætoris officio proficiſcuntur, id eſt quæ a ſolo magiſtratu, & eo iudicis partibus non fungente promiſſori imperantur. Communes vocant, quæ interdum a iudice, alias a magiſtratu iniunguntur, prout res exigit.

XV. Hic quæ ſint ſtipulationes ſingulorum generum, & quot ſint, quibus in cauſſis locum habeant, quid contineant, quibus notis diſcernatur ad iudicilne, an ad magiſtratus officium & iuſſum pertineant, ſi quis iuſſus non promittat, quæ ſit ratio cogendi: hæc ſunt, quæ in ſingulis generibus quærenda eſſe, res ipſa, & definitiones ſuperiores nos admonent. Quæ magna ex parte ignota fuiſſe veteribus, eorum ſcripta declarant. Quotus enim quiſque eſt, qui minimam partem iſtorum attigerit, aut earum ipſarum, quarum exempla proponuntur in ſuperiore diviſione, vim atque uſum ſatis perſpexerit? Et tamen ſi ſunt pleræque ſtipulationes, in quibus quis quid promittere alii ſtipulanti debeat: magnam & præcipuam quandam eius diviſionis utilitatem eſſe oportet, ſi ſuperiora illa hac diviſione explicantur. Nemo enim non intelligit, quantum interſit, volens quis quid promittat, an vero invitus id facere cogatur. Quamobrem eam diviſionem exponens ad titulum de verborum obligationibus ſtudui totum hunc locum antea veluti intercluſum noſtris aperire, & pervium facere, inducta explicationis & certitudinis luce, quantum locus poſtulare videbatur. Quæ noſtra tractatio eſt ad *L. 5.* in pr. *D. de verb. obl.*

XVI. Tantum hoc loco diviſionis uſus notandus eſt, quem dixi. Eam ſcilicet huc ſpectare, ut doceamur non tantum ſtipulationes a conſenſu eſſe, conventionales & voluntarias, quæ maxima eorum pars eſt; ſed & quaſdam eſſe, in quibus cogantur promiſſores etiam inviti quid ſtipulanti promittere, & ſimul oſtendit quæ ſint, & quales, ſi recte explicetur. Sed hæc ſtipulationem antecedunt, cum quæritur de conſenſu, quo ad eam acceditur. Cum autem ventum eſt ad ſtipulationem, ut ea communi conſenſu quanvis coacto interponi debeat: ſciamus formam unam & rationem eſſe ſtipulationis conficiendæ, eam

10) Hopper. *Lib. 2. σεδασῶν pag.* 71. alias eſſe privatas, ſeu conventionales, alias publicas. Atque has vel iuris & iuriſdictionis civilis Iudiciales, vel Prætoris & miſti imperii Prætorias, vel a duobus ſimplicibus inter ſe miſtis; communes, Gœd. *Cap. 5. Concl.* 12. duas ſpecies facit conventionales ac honorarias, atque has deinde ſubdividit, de hac diviſione conſulendus *d. Concl.* 12. *& ſeqq.*

eam quam ſupra diximus, atque hactenus non plures ſpecies eſſe ſtipulationis.

XVII. Utque uno modo conficitur ſtipulatio, ita contractæ vis una, a cuiuſcumque tandem voluntate aut iuſſu profecta ſit. Ea eſt obligatio, ut qui ſtipulanti promittit, iure obligetur: quæ ex re dicitur obligatio verborum. Primum de iure obligationis certi iuris eſt, ex ſtipulatione recte conſtituta ad eum modum, quem diximus, ſi quidem conventionem tantum hic quærimus, ſemper iure civili naſci obligationem [illegible] actionem, qua tenetur ſtipulanti is, qui promiſit. *Inſt. de verb. obl.* in prin. [illegible] *de conſtituta, Inſt. de act.*

XVIII. Quo iure [illegible] poſito, cum omnes pactiones in ſtipulationem, id eſt in eam conceptionem interrogationis & reſponſionis, quem diximus, deduci poſſint: fit, ut omnes quantumvis per ſe inutiles adhibita ſtipulatione, in quam veniant, iure confirmentur: obligatione videlicet nata de ea re, quæ pacto continebatur. Inde dictum pactiones nudas ut traditione rei, ita ſtipulatione ſumere effectum. *L. diviſionis, D. de pact.* Eſt vero in hunc ipſum uſum ſtipulatio inventa eſt: conventionum, inquam, 11 firmandarum, & adſtringendæ obligationis cauſſa [illegible] quæ Pauli ſententia *Lib. 5. Recept. ſent. Tit. de obligationibus,* eadem Celsi in *L.* [illegible] *quidquid, 99. D. de verb. obl.* Inde natum nomen cautionis pro ſtipulatione, dum per excellentiam nominis ſtipulatio appellatur cautio: & cavere eſt ſtipulanti quid promittere. *L. ſancimus, C. de verb. ſignif. Tit. D. in ius voc. ut eant, aut ſat. vel cautum dent. & Tit. D. ſi quis caut. iud. ſiſt. cau.* [illegible] *c. non obt.* Eſt enim cavere alicui, [illegible]rum eum de re aliqua promiſſa facere, [illegible]m ei in tuto collocare. *L. 1. D. qui* [illegible] *eiſd. cog.* Id autem maxime fit ſtipulatione, ſi quidem de firmanda tantum obligatione agitur, non etiam de fide & [illegible]robatione conſtituenda rei geſtæ. Nam [illegible]x ſtipulatione, ut dixi, obſtringitur [illegible]o iure omnis, qui promiſit. Alioqui ſi de [illegible] de rei geſtæ agitur, conſtituitur hæc [illegible]itori chirographo debitoris, aut alio inſtrumento quod iuſſu debitoris pro credi[illegible]ore ſcriptum ſit. Quo fit, ut ad fidem [illegible]ei hoc quoque modo caveatur, res in tuto collocetur creditori. Unde & huiuſmodi inſtrumenta dicuntur cautiones. *L. emptor, 47. §. ult. D. de pact. L. qui tabulas, 27. D. de furt.* Tantum videndum eſt, ut ex circumſtantiis eius, de quo agitur, verbi huius ſignificatio diſcernatur.

XIX. Hoc loco oritur de hac vi ſtipulationis quæſtio, quam recte placeat ex ſtipulatione, id eſt ex verbis, naſci iſtam ſtipulationem, ubi conſtet ſine his verbis obligationem futuram non fuiſſe. Videtur enim prima fronte abſurde conſtitutum. Nam in pacto ſine verbis nihilominus conſenſus eſt de re præſtanda. *L. 1. D. de pact.* Verbis ſtipulationis accedentibus ſemper idem conſenſus. Proinde in eadem cauſſa, id eſt in eodem conſenſu idem ius ſtatui oportebat. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Nunc autem placet ex pacto, & conſenſu ſolo obligationem & actionem non naſci. *L. iurisgentium, §. ſed cum nulla, D. de pact. L. legem C. eod.* An non igitur abſurde conſtituitur naſci ex ſtipulatione, ubi eundem ſolum conſenſum admiſeris? Dices in ſtipulatione accedere conceptionem verborum, & hoc amplius eſſe, quam in pacto: Ideo hinc naſci potius obligationem. At hoc dicitur abſurdius. Sic enim dicitur ius impoſitum eſſe verbis, non rebus, ubi rebus iiſdem manentibus, tamen propter verba conſtituitur obligatio. Scimus autem leges poni rebus, non verbis. *L. 2. in fin. C. com. de legat.* Dicendum eſt non eſſe eundem conſenſum in pacto, qui in ſtipulatione, etſi videtur. In pacto conſenſus promittendi more hominum vulgari ſæpe ex levitate & impetu quodam magis proficiſcitur, quam ex iudicio & certa voluntate, ut pluribus oſtendi ad *L. legem, C. de pact.* Ideo non eſt viſum utile veteribus ex pacto, qua pactum tantum eſt, & nudus ille conſenſus, actionem dare. In ſtipulatione eſt alius longe conſenſus: nempe certus & cogitatus, idemque certo iudicio ad obligationem adſtringendam conſtitutus. Indicium eſt conceptio verborum, quæ ita comparata eſt, ut interrogatione præcedente eliciatur manifeſtus conſenſus promiſſoris. Merito igitur ut in diſſimilibus cauſſis ius diverſum conſtitutum eſt. Ex quo eodem intelligimus ius hic poſitum eſſe rebus, non verbis.

XX. Cur igitur dicitur in ſtipulatione naſci obligatio ex verbis? Non ſane propter verba ipſa ſolum, ne quis erret; ſed propter 12 conſenſum meditatum, quem diximus, qui verbis ſtipulationis declaratur.

11) Ut & iudiciorum conſtituendorum & ſtabiliendorum gratia, Gœd. *Cap. 5. Concl. 11.* ubi tamen hunc finem non primarium eſſe, ſed ſubordinatum ac a principe fine promanantem docet.

12) Vid. *ſupra Lib. 12. C. 9. N. 3.* Sed num exceptio in Principe ut is efficacius ex nudo pacto obligetur æque atque ex ſtipulatione? Negat Vaſq. 1. *Ill. Contr. 45. n. 14. & ſeq.* quia nuſpiam legitur exceptus & quia in pactioni-

tur. Ut dicendum ſit, verba in ſtipulatione non proprie cauſſam eſſe obligationis, ſed eius cauſſæ indicium ac velut ſymbolum. Sine quo tamen quia non naſceretur obligatio, idque ſolum huius conventionis proprium eſt, recte dicitur obligatio eſſe ex his verbis, quæ initium obligationi præbeant.

XXI. Hanc obligationem eſſe conſtat, quæ dicitur noſtris obligatio verborum. *Tit. de verb. obl. in Inſt. & in Pandectis*. Nomen ex re, & cauſſa, quia ex verbis, ſeu verbis ad conſenſum accedentibus naſcitur. Sed cur verborum, cum naſcatur etiam ex conſenſu, ut ſupra diximus? Cum conſenſus omnium contractuum ſit communis, non poteſt ex conſenſu ullum genus appellari, quo ab aliis diſtinguatur. Ad id demonſtrandum ea re & nota opus eſt, quæ ſit eius generis propria. Quod & in his generibus contractuum deſignandis obſervatum eſt. Hinc obligatio, quæ naſcitur re præter conſenſum accedente, dicitur contrahi, quæ verbis accedentibus & conventionis propriis, dicitur verborum: quæ literis iutervenientibus, literarum.

ctionibus iure privatorum utitur, nec ut princeps conſideratur. Confer *ſupra Lib.* 12. *C.* 22. *N.* 10. Quid ſi ſtipulatio cauſſa alia careat? Eam inefficacem vulgo ſtatuunt, exceptione doli elidi per *L.* 2. *§.* 3. *de doli exc.* Gomez. 2. *Reſol.* 9. *&* 11. *n.* 3. Hopper. *Lib.* 2. *ſub finem*. Gutierez. *de Iuram. confirmat.* 1. *C.* 47. *n.* 1. Anton. Fab 45. *Err. Prag* 8. qui tamen iuſtam cauſſam præbere donandi animum *L.* 21. *pr. de donationib.* Contra Eman. Soar. *in annot. ad* Gomez. *d. C.* 9. *lit. P.* quia ipſa ſtipulatio per ſe firma cauſſa, & iuſtæ traditionis cauſſis acceſetur *§. item* 3. *Inſtitut. Per quas perſ* Qui vero dicetur ſine cauſſa, cum ſi omnes alias amoveris, donandi cauſſam contrahentes præ ſe ferant. Nec facit negotium *d. L.* 2. *§.* 3. Nam ibi errore putans cauſſam ſubeſſe ex. gr. 100. ſibi credita, promiſit ſtipulanti. Qui erroris ſcius promiſſore pœnitente exigere perſeverat. Atque hinc Bartoli a pleriſque, ceu refert, deſerti ſententiam pluribus comprobat Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 54. *& ſeqq.* add. Gæd. *de Contr. ſtip. C.* 3. *n.* 70. *& ſeqq.*

C A P. XXXVII.

De literarum obligatione: Quomodo contrahatur: Tum de vi omnis cautionis ſcriptæ, qua quis ſe alicui quid debere confitetur.

Tractatio de obligatione literarum accuratior. Illius ordo & partitio. I.
Quid ſit, & qualis obligatio literarum. II.
Quæ obligationem literarum conficiant eſſe quatuor; & quæ illa. III.
Deſiderat obligatio literarum ſcriptum debiti profeſſionem continens; & quare. IV.
Et illud mutuo conſenſu ſcriptum creditori traditum; & cur ita. V.
Summa quæſtio de obligatione literarum quæ, & quod in ea tractanda auctoris propoſitum & methodus. VI.
Cautionum quoad obligationem quædam inutilis, & quædam utilis. Inutilis quæ. VII.
Item quæ utilis. Utilium duo genera & quæ. VIII.
Cautio, ſeu confeſſio debiti ex alia cauſſa quam ex mutuo habet rei geſtæ probationem, obligationem nunquam. IX.
Quælibet falſæ confeſſionis probatio inſtrumentis fieri debet, non teſtibus, & quare. X.
Facultas probandi ſe falſo confeſſum in aliis cauſſis a mutuo perpetua. XI.
Sola cautio profeſſionem debiti ex mutuo continens poſt biennium parit obligationem. Quæ hæc vis temporum diviſionis in cautione ex mutuo. XII.
Remedia adverſus cautionem intra biennium reo prodita tria. XIII.
1. *Exceptio non numeratæ pecuniæ. Quid eius proprium*. XIV.
2. *Querela non numeratæ pecuniæ. Quæ illius deferendæ forma*. XV.
3. *Condictio cautionis ſeu chirographi. Et iſta quotuplex*. XVI.
Superiora remedia eo ſpectare, ne reus chirographo ſuo ſtare cogatur. XVII.
Cautio, & confeſſio pecuniæ mutuæ a L. 13. Cod. de non num. pec. *excipitur; & quomodo*. XVIII.
Differentiæ ratio explicatur. XIX.
Exceptio non numeratæ pecuniæ concluditur intra biennium; poſtea obligatio cautionis eſt, & quidem pleniſſima. Hoc euius bono. XX.

I. Reliquum eſt ex tribus propoſitis genus poſtremum eorum contractuum, in quibus alia re ad conventionem accedente contrahitur obligatio, abſque eo alioqui futura nulla. Id genus eſt, in quo ſine re præcedente, ſine verbis item ſtipulationis, ſolæ literæ accepti teſtes faciunt obligationem, quæ ideo dicitur literarum: de qua agitur *Tit. Inſt. de liter. oblig.* Habet hoc genus obligationis paulo obſcuriorem quæſtionem, ut ſunt ea, quæ de eo extant in libris noſtris. Ideo ope-

operæ pretium puto, quale id ſit, paulo attentius cognoſcere. Ad eam rem eadem illa duo ſpectanda ſunt, quæ & in ſuperioribus contractibus expendimus, quibus iiſdem ut ſuperiorum, ita & huius natura continetur: Primum quomodo hæc obligatio conſtituatur: Deinde conſtituta, quæ & qualis ſit obligatio, quam recte inducta dictave ex literis, quam recte dicta ex contractu.

II. Et conſtitutio huius obligationis, ſi ſummatim dicendum eſt, ita ſe habet: Qui chirographo, aut alio quovis ſcripturæ inſtrumento mutuo conſenſu tradito creditori profeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, quam poſtea ſe accepiſſe neget; is inde intra biennium hoc beneficio iuris utitur, ut per id tempus non teneatur confeſſione ſua, quin liceat ei impune negare ſe pecuniam accepiſſe. Atque idem ſi per id tempus beneficio iuris uſus queſtus ſit de pecunia ſibi non numerata, etiam hoc conſequitur, ut quam ab initio exceptionem pecuniæ non numeratæ intra id tempus habuit, fiat ei deinceps heredique eius perpetua. Sed beneficium conceſſum hac lege, ut ſi reus intra idem tempus beneficio iuris uſus non erit, querelam non numeratæ pecuniæ nullam movens, deinceps ex illo & confeſſionis ſuæ, & contempti ſuperioris beneficii hanc pœnam luat, ut literis ſuis obligetur, id eſt ita teneatur, ut quanvis quod profeſſus eſt ſe accepiſſe, non acceperit, nihilominus id omni modo ſolvere cogatur. Quæ quoniam obligatio nullam aliam debendi cauſſam habet, quam literæ conſenſu traditæ, hinc merito dicitur obligatio naſci ex literis, ſeu eſſe literarum.

III. Hæc deſcriptio cum omnia in ſe habeat ad cauſſam huius obligationis pertinentia, faciendum eſt, ut certo nobis conſtituatur. Quod ita fiet commodiſſime, ſi partibus eius diſtincte notatis, quam ex iure certo fidem accipiant, quam rationem & æquitatem ad ius ſuperius inducendum ſingulæ habeant, videbimus. Quod iam exſequi ſtudebo. Et ut eſt deſcriptio ſuperior, licet animadvertere quatuor eſſe ad ſummam, quæ obligationem literarum efficiant; Scriptum profeſſionem debiti continens, ſive id chirographum eſt, ſive aliud eiuſdem confeſſionis inſtrumentum etiam a tabulario confectum, quæ noſtris uno verbo, & præſertim in hoc argumento dicitur [1] cautio; *L. emptor*, 47. *§. ult. D. de pact. L. qui tabulas*, 27. *D. de furt. L.* 1. 2. 3. 4. 8. *C. de non num. pec.* Scriptum mutuo conſenſu creditori traditum; Debiti profeſſionem non cuiuſvis, ſed mutui accepti; Et non numeratæ pecuniæ querelam, quæ reo in hac confeſſione intra biennium libera conceſſa eſt, per id tempus omiſſam.

IV. Principio ſcriptum exigimus debiti profeſſionem continens; non ſolum quia ita facere neceſſe eſt ut ſit hinc obligatio literarum, de qua agimus: ſed etiam quia eadem confeſſio verbis teſtata ſine ſcripto, neque eundem favorem meretur, quem ſcripta, neque etiam unquam ita confitentem obligat, quin & ſemper liberum ſit negare ſe accepiſſe id, de quo confeſſus eſt, & in eam rem probationem inducere, qua impleta abſolvi debeat. Cuius differentiæ ratio cum ad vim huius obligationis pertinere viſa ſit, ideo in extremum reieci infra *Cap. ult. huius libri*.

V. Exigimus amplius, ut mutuo conſenſu ſcriptum traditum ſit ab eo, qui confeſſus eſt ei a quo ſe pecuniam accepiſſe ſcripsit. Non exprimitur hoc quidem in *d. tit. Inſt. de lit. obligat.* Sed & ex præcedentibus, & ex natura rei, de qua agitur, adiiciendum eſſe ſatis intelligitur. Sic enim tractatur de hac obligatione in *Inſtitutionibus*, ut ſit ea, quam prius Iuſtinianus in diviſione obligationum inter eas retulerat, quæ ſunt ex contractu, *§. ult. Inſt. de obl.* Non poteſt ex contractu eſſe, niſi inter quos res mutuo conſenſu geſta eſt, poſtquam nullus contractus eſt, qui non habeat in ſe conventionem. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* Proinde & mutuo conſenſu hoc ſcriptum & confeſſionem inter eos interponi oportet, inter quos velimus conſiſtere huius rei obligationem.

VI. Ut quis ſcribat; ut ſcriptum tradat creditori, ut fateatur ſe debere, ex qua cauſſa non debet; poſita ſunt omnia in voluntate ſcribentis, ut quando hæc eveniant, quærendum non ſit. Ut autem quis cogatur ſtare confeſſioni ſuæ, & ut Iuſtinianus loquitur ſub hoc *Tit. Inſt.* ut poſt confeſſionem queri non poſſit ſe falſo confeſſum eſſe, cum ſtatuatur adverſus invitum, apparet in iure poſitum eſſe, non in confitentis voluntate. Ideo videndum, eaque ſumma & præcipua in hac obligatione quæſtio eſt, quid hic ius ſtatuat, ſeu quis cui confeſſioni literarum ſtare debeat, ut hinc conſtituatur ea neceſſi-

[1]) Quia datur creditori ut illi cautum ſit fide ſcripturæ. Donel. noſter *ad L.* 1. *C. de non num. pec. n.* 1.

ceſſitas ſolvendi, & uno verbo, ea obligatio, quam quærimus. Quod ut planiſſime intelligatur plus hic complectar, ut de vi univerſa cautionum dicam, quæ valeat ad confitentem ſua confeſſione obſtringendum: unde etiam de duobus reliquis quæ propoſui id eſt mutui cauſſa, & hic omiſſa non numeratæ pecuniæ querela, facilius etiam ex comparatione aliarum cautionum, & certius conſtabit. Non ſtatim vero ſuperiori ſcripturæ, & confeſſioni ſuæ quis ſtare cogitur. Quo fit, ut non ſtatim ex huiuſmodi confeſſione ſit obligatio literarum. Ita cogitur quiſque confeſſioni ſuæ ſcriptæ ſtare, prout eſt vis cautionis cuiuſque iure conſtituta.

VII. Cautionum huiuſmodi vis hæc eſt. Quædam inutilis eſt, quædam utilis. Inutilis cautio & chirographum eſt, cum quis eo confitetur ſe quid debere [a] nulla expreſſa certa cauſſa debendi. Ut puta, ſcripſit quis hoc modo; Ego Titius profiteor me debere Sempronio centum, ex iuſtiſſima cauſſa, quæ ego illi ſolvam bona fide, ubi & quando volet. Hoc chirographum inane eſt, nec poterit confeſſus ex eo conveniri, quia omiſſa eſt debendi cauſſa. Hoc diſerte in *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter, C. de non num. pec.* Quod optima ratione placuit. Aut enim creditor centum illa petens nullam cauſſam debendi dicet, aut dicet aliquam. Si nullam, non eſt audiendus: quoniam nihil deberi poteſt iure niſi ex certis & conſtitutis cauſſis, ut declarat diviſio propoſita obligationum, quæ obligationes omnes ad certas iſtas cauſſas revocat. *§. ult. Inſt. de obl. L. 1. D. eod.* Si aliquam: nihil ei ad eam probandam prodeſt chirographum; quod de ea cauſſa nihil exprimit. Tamque ad eam probationem ei inutile eſt, quam ad cætera omnia probanda, etiam alieniſſima, quæ chirographo non continentur.

VIII. Quapropter ea demum utilis cautio & confeſſio debiti eſt, qua quis confitetur ſe quid debere, nominatim addita certa cauſſa debendi: veluti, centum mutua ſibi mutuo data a Sempronio, vel ſe ei debere ex cauſſa emptionis, legati, vel alia. Sed & utilium huiuſmodi cautionum non una vis eſt. Earum duo ſunt genera vi & effectu diſtincta. Quædam probationem & fidem rei geſtæ habent, obligationem nunquam: quædam e converſo obligationem inducunt rei confeſſæ, nunquam probationem ſolam.

IX. Utrum horum inſit in cautione & chirographo, ex cauſſa debiti confeſſi æſtimandum eſt. Intereſt enim, utrum quis confeſſus ſit ſe debere ex cauſſis omnibus aliis, quam mutui; an vero ex cauſſa pecuniæ creditæ, & numeratæ. In cæteris omnibus cauſſis hæc iuris conſtitutio generalis eſt, quacumque ex cauſſa quis ſcripto confeſſus ſit ſe quid alicui debere, excepta cauſſa pecuniæ creditæ, valere eam ſcripturam ad probationem & fidem rei ita geſtæ, ad obligationem nunquam. Valet ad probationem quia confeſſus confeſſioni ſuæ ſtare cogitur. *L. cum de indebito*, in fin. *D. de prob. L. generaliter, C. de non num. pec.* Nec quidquam æquius, quam unumquemque proprio teſtimonio acquieſcere, ut eſt in *d. L. generaliter*, & ut alibi ſcriptum eſt, quam fidem cuique adverſus ſe haberi. *L. de ætate, §. 1. D. de inter. in iur. fac.* Sed probationem tantum habet ea ſcriptura: obligationem, ut dixi, nunquam inducit. Quod enim dicitur, unumquemque confeſſioni ſuæ ſtare debere, non abſolute dicitur, ſed cum hac exceptione, niſi is paratus ſit probare ſe falſo confeſſum eſſe, vel quia dicat non interveniſſe eam cauſſam, de qua confeſſus eſt, vel quia dicat ſe non id, aut non tantum debuiſſe. Cæterum ſi id faciat, placet eſſe audiendum; & ſi probet, non iam eum chirographo & confeſſione ſua teneri. *d. L. generaliter, C. de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Quæ res ſatis declarat, eum qui ita confeſſus eſt ſe debere, ea ſcriptura non obligari. Eo enim ſpectat probatio ſuperior, ut intelligatur eum non debere. Quod nihil aliud eſt, quam eum non obligari. Non enim obligatur, qui non debuit. Sed & hac probatione admiſſa, fit, ut confeſſus non omnimodo neceſſe habeat ſolvere. Quod & ipſum ſignificat nullam hic in re obligationem ſubeſſe; cum obligatio ſit vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alcuius rei ſolvendæ. Et ut forte reus probare non poſſit, quod dicit; tamen cum iure non impediatur id facere, ſed probationis inopia, non eo minus verum eſt, eum chirographo ſuo non obligari, etſi ei in

a) *C. ſi cautio 14. extra de fid. inſtr.* Gail. 2. *Obſ.* 13. *n.* 9. Quia certæ ſunt cauſſæ obligationis iure ſtatutæ, extra quas oriri nequit. Idem in liberatione; ex. gr. ſi confiteatur ita: Profiteor Titium debitorem meum mihi amplius non teneri. Confeſſio hæc non liberat, quia deficit cauſſa. Non enim hic modus liberationis, neque etiam pactum inter abſentes & non conſentientes. Quod ſi ita: Profiteor te non teneri, liberat *L.* 40. *pr. de pact.* quia continet pactum quæ iuſta cauſſa iuris prætorii, Don. *ad d. L.* 13. *n.* 6. & 7. Male autem Hotom. 6. *Obſ.* 19. hodie ex nuda ſcriptura poſt biennium naſci obligationem, etiam cauſſa non expreſſa.

in re dubia ſtare cogitur. Recte enim dicetur, non quia probatio deficit, ideo ius deficere: cum ius in rerum natura ſemper certum ſit, etſi ſæpe deficit probatio. *L. duo, D. de teſt. tut.*

X. Tantum notandum eſt, in hac probatione falſæ confeſſionis exigi a reo, ut probet ſe falſo confeſſum non teſtibus, ſed aliis inſtrumentis idoneis. *d. L. generaliter, d. L. cum de indebito*, in fin. Quod ita fiet, ſi exempli gratia, proferat reus ſyngrapham creditoris, qua is fateatur ſibi a Mævio nihil deberi ex ea cauſſa, quæ eius chirographo continetur. Vel ſi emptor ſcripſerit ſe certum debere ex cauſſa emptionis ob fundum Tuſculanum ab eo emptum, & proferat inſtrumentum de cuius fide conſtet, quo contineatur eum fundum confitenti donatum eſſe, non venditum; aut venditum quidem, ſed tantum octoginta. Vel ſi heres caverit ſe debere Sempronio legati nomine centum, & proferat teſtamentum, quo tantum quinquaginta legata ſint; aut proferat codicillos, quibus legatum illud ſit ademptum. Cum autem alias in omnibus cauſſis eandem vim obtineant ad fidem faciendam teſtes, & inſtrumenta; *L. in exercendis, C. de fid. inſt.* viſum eſt in hac ſpecie inſtrumenta tantum admittenda eſſe, non teſtes propter metum falſi. Nam ſi hic teſtibus locus eſſe cœperit, facile iam multo ante & ex compoſito ſubornari poſſunt, qui dicant ſe audiviſſe creditorem profitentem vere nihil ſibi a confitente deberi ex ea cauſſa, de qua eius chirographum apud ſe habet, & totum illud negotium ſimulatum fuiſſe. At inſtrumenti teſtimonium ſuſpectum eſſe non poteſt, ſi creditor adverſus quem profertur, agnoſcet vel a ſe ſcriptum vel ſuo mandatu, aut ſi, inſtrumentum erit publicæ fidei; quale eſt a tabulario confectum, & qualia eſſe ſolent teſtamenta.

XI. Hæc facultas contra confeſſionem ſuam in cæteris cauſſis veniendi probandique confitenti reo perpetua eſt. Apparet enim ex iis locis, quibus ea facultas ſtatuitur, nullis terminis eam definiri, ſed potius ita eam ſtatui, ut quemadmodum perpetuo conveniri poteſt reus ex chirographo, quandiu quidem actionem in perſonam tempora largiuntur: ita poſſit & ipſe hac infitiatione uti, ut neget ſe vere confeſſum eſſe, & ad id probandum admittatur, *d. L. generaliter, de non num. pec. d. L. cum de indebito*, in fin. *de prob.* Hanc quidem habere reum ſaltem intra biennium inter omnes convenit. Nulla enim in cauſſa ante id tempus ſua confeſſio quanvis ſcripta quemquam obligat. *L. in contractibus* in pr. *C. de non num. pec.* At mihi cauſſæ eſt in cæterarum cauſſarum confeſſione, cur qui contra probandi poteſtatem habuit intra biennium, eam ille poſt biennium amittat. Non enim ante biennium ius habuit confeſſionis ſuæ retractandæ, ut eo beneficio non uſus dici poſſit merito excidiſſe eo iure, quod prius habuit, & ita biennio elapſo obligationem ſibi in perpetuum induxiſſe; ut fit in cautione pecuniæ creditæ, de qua mox. Iam autem effectum eſt eum, cui ſit facultas confeſſionis ſuæ contraria probatione infirmandæ, quandiu id licet, ea cautione non obligari. Quare qui perpetuam hanc facultatem habet in cæteris cauſſis, perſpicuum eſt huic ex ſua illa cautione & confeſſione in his cauſſis nunquam induci obligationem. Ita excepta cauſſa pecuniæ creditæ, ex omnibus aliis cauſſis literarum obligatio excluſa eſt.

XII. Reſtat igitur ſola cauſſa [3] pecuniæ creditæ, in qua cautio confitentis ſe pecuniam creditam accepiſſe, obligationem rei confeſſæ pariat. Et quidem in hac ſola pecunia non numeratæ pecuniæ exceptio & querela locum habet. *L. adverſus, C. de non num. pec.* Ibi autem ſolum obligatio literarum inducitur, ubi hæc querela intra biennium neglecta eſt. *d. L. contractibus, C. de non num. pec.* Ideo in *Inſt. tit. de lit. obl.* omnem hanc obligationem literarum ad ſolam cauſſam pecuniæ non numeratæ & creditæ collatam videmus. In quo tamen pecuniæ appellatione intelligere debemus contineri res cæteras, in quibus pariter mutuum conſiſtit. Ut ſunt quæ pondere, aut menſura conſtant, ut ſignificatur in *L. in contractibus*, in pr. Sed ne hic quidem continuo ut quis ſcripto confeſſus eſt, ſe pecuniam creditam accepiſſe, is ex literis etiam in hac cauſſa obligatur. Hæc inſuper conditio eſt, ſi modo is, qui ita confeſſus eſt, non ſit uſus intra beinnium beneficio retractandæ confeſſionis, quod illi intra id tempus in hac cauſſa iure conceſſum eſt.

3) Quæ receptiſſima ſententia Vaſq. *Lib. 1. de Succeſſ. creat. §. 9. n. 27. & 3. Contr. uſu freq. 59. n. 3.* licet obſtare acriter videatur *L. 6. C. Th. Ne in ſua cauſſa quis iud. Lib. 2. Tit. 4.* Nunquam vero mihi perſuadebit Iac. Sculret. *in Addit. ad Modeſt. P.ſt. P. 1. Q. 40. n. 14.* ſcribens quodvis etiam nudum pactum chirographo ſeu per ſcripturam veſtitum tranſire in obligationem litterarum. Immo & ſtipulatio ſcripta non minus eſt ac manet is contractus, *L. 135. § pen. de V. O. L. reos 11. de duob. reis* eademque ex ſtipulatu actio *L. ult. pr. de doli exc.* Nec ſcriptura ad ſubſtantiam contractus confert, ſed ad probationem *L. 4. de pig. L. 4. de ſi. inſtr.* Quomodo igitur ſubſtantiam & formam immutat.

eſt. Id quale ſit, ex vi, quam propriam huius cautionis ius eſſe voluit, intelligetur. Huius ergo cautionis in mutuo non omnibus temporibus una & eadem vis eſt adverſus confitentem. Diviſa hæc vis eſt duobus temporibus ita, ut contraria conſtituta ſit in ſingulis. Utraque eiuſmodi, ut diſtet plane ab ea vi, quam ſuperioris cautionis literarum in aliis cauſſis debendi eſſe diximus. Nam cautio pecuniæ creditæ intra biennium, ex quo emiſſa eſt, creditori inutilis eſt. Non enim valet ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem: querela ſcilicet pecuniæ non numeratæ confitenti tributa, qua ſe tueatur.[4] Poſt biennium autem ſi quidem ea querela uſus non erit, ita valet, ut non ſolum proſit creditori ad probandum pecuniam creditam, ſed etiam confitentem in eam ſummam quam confeſſus eſt plane obliget.

XIII. Primum intra biennium inutilis eſt creditori etiam ad probationem, eoque nec nocet ullo modo confitenti, ſive ſit chirographum tantum manu confitentis ſcriptum, ſive cautio manu tabularii confecta. Id ut conſequatur reus, remedia quædam opportuna illi conſtituta ſunt iure: quorum ea vis eſt, ut ſi uno aliquo intra biennium uſus ſit, non tantum non teneatur pro eo tempore, ſed & in reliquum tempus perpetuam ſibi conſtituat non numeratæ pecuniæ exceptionem. Remedia ad eam rem tria: exceptio non numeratæ pecuniæ, & huic adiuncta exceptio doli mali; querela ultro delata pecuniæ non numeratæ; item chirographi & cautionis condictio.

XIV. Primum[5] exceptio non numeratæ pecuniæ, neque hæc alias confitenti tributa niſi in pecunia credita. *L. 3. L. adverſus. L. ſi intra, C. de non num. pec.* Et in hac quidem exceptione ſingulare ius conſtitutum præter cæteras ad reum adverſus confeſſionem ſuam tuendum. Nam in cæteris exceptionibus, ut pacti, iuriſiurandi, rei iudicatæ, reus actoris partibus fungitur, & exceptionem velut intentionem probare debet. *L. in exceptionibus, D. de prob.* In hac non numeratæ pecuniæ ſufficit[6] dicere pecuniam non eſſe numeratam, ut fides dicenti habea-

4) Duar. *de non. num. pec. C.* 4. Sed Goed. *de Contr. ſtip. C. 1. n.* 60. *& ſeq.* obligationem naſci ſentit quamprimum confeſſio emiſſa. Nec biennio elapſo, ait, incipit contractus, alias tempus eſſet, modus inducendæ obligationis, diceretur que obligatio non litterarum, ſed biennii. Quare quod *l. h. t.* habetur non ad formam ac eſſentiam contractus referri debet, ſed ad exceptionem non numeratæ pecuniæ. Et Fachin. 13. *Contr.* 26. Ante biennium, ait, civilis obligatio, ſed non efficax propter exceptionem, quia non eſt nuda confeſſio, ſed illi adiuncta permiſſio de reſtituendo. Poſt biennium producitur etiam naturalis.

5) Si conveniatur ex ſola cauſſa mutui. Non ſi debuit ante ex alia cauſſa præcedente & poſtea convenit ut eam crediti nomine retineret. Quæ ſpecies eſt *L. 5. C. h. t.* ut Don. *ibid. n. 3. & 4.* Ex cautione alterius contractus hæc exceptio non datur *L. ſi tranſactionis* 11. *L. 14. §. 1. C. h. t.* Duar. *ad h. t. C. c.* Non obſtat quod ſpecialiter ſtatuitur in depoſito exceptioni locum non eſſe *d. L. 14. §. 1.* Id enim inde quia conabantur illo tempore eam inducere in depoſito, in aliis non conabantur, Don. *in d. §. 1. n. 1.*

6) Don. *ad L. 2. C. h. t. n. 3. & ſeq. & ad L. 13. n. 11. & ſeqq.* Non obſtat *L. 25. §. 2. de probat.* quia in ea ſpecie non confeſſa tantum mulier ſe totum debere, ſed & totum ſolvit. Diſſ. Goth *in not. d. L. 13.* Quid ſi exceptioni renunciatum ſit? Sunt qui renunciationem, ſi non plane valida, id ſaltem efficere tradunt, ut renuncianti onus probationis iniungatur. Contrarium receptius eſſe atteſtatur Coler. *de Proc. exſec. P. 1. C. 10. n. 199 & ſeqq.* ne fraudibus creditorum aperiatur via & circumventioni ſententiæ legis ſalvis illius verbis. Et quia huic iuri non ſolum favor debitorum cauſſam dedit, ſed & odium fœneratorum. Ex Duar. *h. t. C. 4. cir. fi.* ac H. Piſt. *Lib. 4. Q. 12. n. 4.* æque facile induci aliquem ſpe accipiendi, ad renunciandum exceptioni, quam ad cautionem ſcribendam. Adde quod ut ipſa ea conventione id agatur, ne dolus futurus præſtetur: vel ne contra dolum accipientis cautionem, ſi fidem numerandi, quam dedit, non præſtet, ſe legitime reus defendat, atque ita invitat ad delinquendum. Don. *ad L. 3. C. h. t. n. 21. & ſeq.* Zang. *de Exc. P. 3. C. 12. n. 27.* Niſi tamen poſt intervallum facta renunciatio vel facto ipſo declarata, partis ſolutione *L. 4. C. h. t.* item niſi ſit iurata. Coler. *d. loc.* Quoad iuratam vero diſſentire videtur Beuſt. *ad L. 1. de Iuret. n. 252.* tradens, licet hæc quæſtio hinc inde agitari poſſit, tamen quod exceptio non obſtet iuramento veritas & æquitas eſſe. Quod diſerte comprobare videtur *L. ult C. hoc titulo.* Sed eam ſic accipiendam monet Donellus *ibidem*, non ſi inſtrumento iuraverit ſe accepiſſe. Tunc enim excipiendo turpitudinem ſuam allegaret & periurium fateretur, ſed ſi iureiurando ſolutionem promiſerit. Quomodo & alii ref. Valaſc. *To. 1. Conſ. 5. n. 19.* Gutierez. *de iuram. confirm. P. 1. C. 37. n. 1. & n. 8.* Setſer. *Lib. 1. de Iuram. C. 26. n. 12. & 2. ſeqq.* Atque ita conciliantur diverſæ ſententiæ. Diſſ. Gomez. 2. *Reſol. 6. n. 2. cir. fin.* H Piſt. *Lib. 4. Q. 12. n. 2. & 3.* utroque caſu exceptionem hanc admittentes. Cæterum competit hæc exceptio, etſi inſtrumentum ſit paratæ exſecutionis, vulgo guarentigium, Gomez. 2. *Reſol. 6 n. 3.* H. Piſt *d. Q. 12. n. 7.* diſſ. quodammodo Moller *ad Nov. Elect. Sax. 19 P. 2. n. 54. & ſeq.* ac etſi publice per tabellionem confectum Don. *ad L. 3. C. h. n. 12.* Nec obſtat *L. 23. C. ad SC. Vell.* Nam ibi inſtrumento creditur, non quia publicum, ſed quia in alia quam mutui cauſſa. Niſi tamen notarius ſcripſerit pecuniam vere eſſe numeratam, ſe præſente & teſtibus, Donell. *ibid. n. 18.* Quid ſi recognitum ſimpliciter, nec ſtatim exceptio obiecta? Poſtea obiici non poſſe putat Parlador. 2 *Rer. Quotid. C. fin. P. 1. §. 5. n. 12.* Et datur quoque ratione partis, ut ſi confeſſus chirographo ſe 10. accepiſſe, 5. tantum ſibi numerata dicat: *L. 2. L. 9. C. h. t.* Tranſit eadem ad heredes *L. 8. C. h.* (Sed illis tempus non cedit ex die aditæ hereditatis, ſed ſtatim, quia ex die emiſſæ ſcripturæ computatur biennium, & eſt continuum nec morte interrumpitur *L. 14. Pr. C. h. t.* Don. *ad d. L. 8. n. 2.* Zang. *de Except. P. 3. Cap. 12. n. 14. & ſeq.*) & fideiuſſores *L. 12. L. pen. C. h. t.* Quin & creditoribus debitoris datur *L. pen. C. hoc tit.* Finge: Titius ſcripſit ſe a Caio 100. accepiſſe, & in id debitum pignori obligat omnia ſua bona. Idem Titius poſtea vere a Seio accipit 100. eidemque bona ſua obligat. Convenitur Seius a Caio actione hypothecaria. Recte ſe tuetur exceptione non numeratæ pecuniæ etiam abſente vel invito debitore *d. L. pen.* Excluditur vel tempore conſtituto, ut *h. & ſeq. Cap.* vel agnitione nova debiti, quæ ſit ſolutione partis *L. 4. C. h. t.* non autem pignoris datione *L. 1. C. h.* Ratio differentiæ, pignus conſtitui poteſt futuræ obligationis cauſſa; ſolutio non niſi rei debitæ, Don *ad d. L. 4. n. 5.* Datur equidem & creditori confitenti ſibi ſolutum eſſe *L. 14. §. 2. C. h.* Et illi non in ſolo mutuo, ſed ex omnibus cauſſis; ut in dote *d. L. 14. §. ult. in fi. Tit. C. de Dote caut. non num.* niſi ſpecies aliqua nomi-

natim

beatur. Unde fit, ut hac exceptione oppoſita cogatur petitor aliunde probare quam chirographo rei, ſe ei pecuniam numeraſſe, atque hoc non impleto, abſolutio ſequatur, ut eſt in *L. 3. C. de non num. pec.* Differentiæ ratio ſignificatur in *L. adſeveratio. C. eod.* Nam in cæteris exceptionibus hoc evenit, ut qui eas obiicit, aliquid factum eſſe affirmet, puta pactum interveniſſe, iusiurandum, rem iudicatam. In exceptione non numeratæ pecuniæ contra apparet reum nihil factum eſſe affirmare, ſed negare factum. Facta ut ſub ſenſum cadunt, ita probari poſſunt & teſtibus & inſtrumentis. Non facti autem per rerum naturam nulla directa probatio eſt, *d. L. adſeveratio, de non num. pec. L. actor. C. de prob.* Ut enim mille homines dicant non vidiſſe ſe pecuniam numerari: non ideo probatur numeratam non eſſe. Poteſt enim numerata eſſe, ut illi non interfuerint. Quinimo & remotis omnibus arbitris potuit eſſe numerata. Facultate autem negandi reo in hac exceptione conceſſa, non debuit ab eo exigi probatio impoſſibilis: alioqui ne ipſa quidem concederetur exceptio. Huc pertinet regula iuris, impoſſibilium nullam eſſe obligationem. *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.* Hac exceptione ſemel reo tributa, acceſſit una etiam doli mali exceptio in eandem rem. *L. 3. C. de non num. pec.* Vel exceptio compoſita in factum, detracta doli mentione. *L. cum ultra, C. eod.* Utrumque priori illi exceptioni conſequens. Doli enim exceptio generalis oritur adverſus omnes, qui quavis alia exceptione removeri poſſunt: quia dolo facit, qui petit, quod propter exceptionem petere non poteſt. *L. 2. §. & generaliter, D. de dol. mal. exc.* Cui autem doli mali exceptio competit, licet ei exceptionem temperare in factum, ut rem uti geſta eſt, narret, doli mentionem non faciat. *Inſt. de ex.* in pr. *arg. in L. non debet*, in fin. *D. de dol.*

XV. Sed nondum ſatis hæc exceptio tuebatur confitentem. Potuit enim a creditore eludi, finge eum diſſimulare per biennium, & ex chirographo non agere, Fiet hoc modo, ut remedium reo ſit inutile. Nam intra biennium ideo exceptione uti non poteſt, quia interea non convenitur, nec locus eſt exceptioni, niſi ad removendam actionem, quæ intentata eſt. *L. 2. D. de excep.* Poſt biennium autem ideo uti non poteſt etiam ſi conveniatur, quia exceptio intra biennium tantum competit. Idcirco ſecundum remedium reo proditum eſt, quo uti poteſt etiam non conventus cum videtur intra biennium. Id autem eſt, ut poſſit queri ſibi non eſſe pecuniam numeratam; placetque ſi hanc querelam detulerit, deinceps ei heredique eius exceptionem non numeratæ pecuniæ perpetuo competere *L. ſi intra. L. cum ultra. L. in contractib. §. in omni. C. de non num. pec.* Sed querelam hanc deferri oportet ad eam formam, quæ iure præſcribitur. Ea eſt, ut debitor confeſſus denuntiet creditori ſibi pecuniam numeratam non eſſe, quam chirograho numeratam confeſſus eſt, & eam denuntiationem complectatur ſcripto, quod creditori tradendum curet. *d. L. in contractibus, §. in omni.* Idque faciat teſtato. *L. cum ultra. C. eod.* Id eſt teſtibus adhibitis, qui cum opus erit teſtificari poſſint eiuſmodi denuntiationem traditam eſſe creditori. Quod ſi forte abſens erit creditor, aut præſens ſui copiam non faciat, licet debitori querelam ſuam exponere apud quemlibet iudicem ordinarium, ut pluribus cavetur in *d. L in contractib. §. in omni.*

XVI. Tertium remedium eſt cautionis & chirographi [7] condictio. *L. ſi quaſi C. de non num. pec.* Remedium plane ſuperioribus conſequens. Nam ſi pecunia numerata non eſt, ut licet confeſſo queri, & dicenti creditur; chirographum conſtituitur ſine cauſſa; ut ſive tanquam debitum datum ſit, fiat indebitum; unde ſit indebiti condictio ei qui exiſtimans pecuniam ſuo nomine alii numeratam eſſe, puta procuratori ſuo, tanquam ſibi numeratam habens, ideo ſe accepiſſe profeſſus eſt: *L. 4. C. de cond. ind* aut ſi ſciens confeſſus eſt ſe accepiſſe, quod non accepit, ſit [8] condictio ob cauſam dati cauſſa non

natim excipiatur ut *d. L. 14. §. 1.* in exactoribus tributorum & aliis 2. ſpeciebus Zang. *de Except. P. 3. Cap. 12. n. 3. & 4.* Sed illa intra 30. tantum dies *d. §. 2. in fin.* quia minus periculum in creditore. Non is neceſſe habet prærogare apocham, quin poteſt cogere debitorem ad ſolutionem; non item cogi poteſt creditor ad mutuandum, Don. *ibid. n. 3.* Zang. *d. C. 12 n. 9* Inter mercatores, non habere locum hanc exceptionem, Vaſq. *1. ill. Contr. 33. n. 24.* & alii quos refert Zang *d. C. 12 n. 20.* Contra Fach. *2. Contr. 86* quia imo a mercatoribus originem traxit hæc obligatio quibusque magis neceſſaria, Benvenut. Straccha. *de Mercatorib. P. ult. Quom. in ca. Mercat. proced. Tit. de Except. n. 9.*

7) Recte. Licet Donellus noſter ad *d. L. 7.* per cautionem ibi ſtipulationem intelligat, quia dicitur condici obligatio. Quamvis enim ait, exceptio hæc in ſolo mutuo datur, origo tamen obligationis, non titulus actionis, ſpectanda *L. 3. C. ad SC. Maced* Sed vel obligatio ibi pro inſtrumento obligatorio, vel dici poteſt obligationem repeti condictione cautionis, quæ vera eſt etiam ante biennium, licet non efficax, vid. ſupra *N. 2.*

8) Item condictio ſine cauſa, Don. ad *d. L. 7. n. 2. Duar. h. t. C. 4.* Ac ſi pignora in eam rem dedit, ea pro non datis *L. 2. C. Si pig.* [illegible] reſque illas vindicare vel ſi poſſideat retinere poteſt *L. 1. C. h. tit.* Ubi ver-

ſa non ſecuta: cum ideo cautionem expoſuerit, ut pecuniam acciperet, quam poſtea non accepit. Generalis autem condictio ſit condictio ſine cauſſa, qua chirographum inefficax reddi debeat. *L.* 2. *C. de cond. ex leg.* Hoc autem reddito conſequitur debitor idem, quod prioribus remediis, ne ſcilicet in poſterum poſſit ex eo chirographo conveniri, quo amplius creditor uti non poteſt, forte rupto poſtea, aut cancellato, certe eo, quod proferri ab eo non poſſit, cum id habere deſierit.

XVII. Varia hæc remedia, ſed unius rei; nempe huc ſpectantia, ne reus confeſſioni ſuæ, quæ in chirographo eſt, ſtare cogatur: intra biennium quidem ſemper: poſt biennium autem ita demum, ſi quo eorum uſus fuerit intra biennium.

XVIII. Itaque videamus, ne iam adverſetur omnibus *L. generaliter C. de non num. pec.* multoque magis eius legis ratio. Ipſa lege ita conſtituitur generaliter: *ſi quid ſcriptis cautum fuerit pro quibuſcumque pecuniis ex antecedente cauſſa deſcendentibus, eum qui cavit ſuæ confeſſioni acquieſcere debere.* Ut appareat in cauſſis debendi nihil diſtingui, quominus ſecundum verba tam confeſſioni ſuæ ſtare debeat reus in cauſſa mutui, quam in cæteris. Adiicitur ratio æquiſſima ad omnes confeſſos, ut videtur, pertinens: nimis indignum eſſe, infirmare quemquam, quod dilucide dixerit, & teſtimonio proprio reſiſtere. Et de conſtitutione superiore ſic habendum eſt, generalem quidem eam eſſe, & niſi quid de ea excipiatur, verbis eius cauſſas omnes & confeſſiones ex his deſcendentes contineri. Sed excipitur cautio & confeſſio pecuniæ mutuæ. Non excipitur ea lege: at excipitur aliis conſtitutionibus de hac ſpecie ſcriptis, quibus nominatim in hac cauſſa infirmandæ confeſſionis ſuæ poteſtas reo data eſt. Hæ ad legem generalem trahendæ ſunt, ut generalis ex illis interpretationem accipiat, & perinde habeatur, quaſi in ea ineſſet exceptio, iuxta præceptum. *L. non eſt novum*, & 2. ſeqq. *D. de legib.* Idque eſt, quod regula iuris traditur, in toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimum haberi, quod ad ſpeciem directum eſt. Neque aliud de ratione ſuperioris legis reſpondeo. Æquum eſt unumquemque confeſſioni ſuæ acquieſcere: indignum quemquam proprio teſtimonio reſiſtere. Ut plurimum atque adeo cæteris in cauſſis omnibus ita eſt: in cautione pecuniæ creditæ locum non habet.

Tom. III.

XIX. Quæret hic aliquis differentiæ rationem. Et merito: eſt enim eiuſmodi, quam non facile quivis explicet in pari, ut videtur, debiti confeſſione. Hanc autem ſic habeto. In confeſſione cæterarum cauſſarum 9 nulla præſumptio eſt pro confitente reo, cur exiſtimari debeat falſo confeſſus eſſe ſe debere, quod confeſſus eſt: in confeſſione pecuniæ creditæ iuſta & auxilio digna præſumptio. In cæteris cauſſis qui confitetur, non confitetur, ut quid accipiat, ſed ſolum ut præſtet, quod confitetur: quia ad confitendum accedit aut donare volens, aut præcedente cauſſa obſtrictus, quam præcedere aut non minus aut etiam magis actoris, quam confitentis intereſt. Nemo autem facile exiſtimandus eſt ſuum iactare velle, ibi ut ſe confeſſione ſua ad præſtandum debitum oneret, ubi vere non debuit. *L. cum de indebito*, §. 1. *D. de prob.* At in cauſſa pecuniæ creditæ debitorum mos facit, ut qui

verba, *in rem experiri poteſt*, Accurſius & Bartolus exponunt de pignoratitia, *in rem*, id eſt, propter rem. Quod refellit Donellus noſter *ibid. n.* 4. quia actio perſonalis non datur propter rem, ſed obligatione perſonæ. Nec poteſt dari actio pigneratitia, quia pignus non conſiſtit, cum nec ſit principalis obligatio mutui. Eam enim negat debitor, ideoque agit. Obiic. At *d. L.* 1. non requirit probationem dominii, ſed quod pignus datum ſit. Reſp. Donellus ibi convenisse inter litigatores debitorem eſſe dominum, quia creditor dixerit, ſibi res datas pignori; per verba *nam intentio*, *&c.* Per intentionem intelligit Don. *n.* 7. exceptionem qua ſe creditor tuebatur, ut innuatur vindicationem debitoris, ex exceptione creditoris de pignore dato, non repelli; Propterea ut ſequentibus conveniant, pro *nec*, reponit *&*. Quam correctionem refellit *L.* 1. C. *Si pig. convent. n. ſec.* ubi hoc reſcriptum, iiſdem omnino verbis repetitum, extat. Nec tamen probo expoſitionem vulgarem *nec numerata*, id eſt, non remuneratæ, redditæ vel ſolutæ, quam Donellus recte confutat. Niſi vehementer fallor hæc ſententia eſt: Ideo in rem actio tibi neganda non eſt, quia, etiamſi velles, pigneratitia tibi agendi deeſt facultas. Nam ſi dicis dediſſe te pignus, nec tamen pecuniam accepiſſe; te quodammodo ipſe refellis ac contraria allegas, cum pignus tanquam acceſſio principalem obligationem præſupponat. Quomodo igitur, negata obligatione principali, poteris fateri acceſſoriam, &c. Atque ita vox *intentionis* tribuetur actori, non reo, quæ & propria eius vocis acceptio eſt §. 1. *I. de act. L.* 2. *de Except.* Sane præter actionem in rem, condictionem ob cauſſam dati vel ſine cauſſa dari verius putarem. Nec ex *h. L.* probatur hoc caſu vindicanti dominium probandum non eſſe. Semper enim ut vulgo, ſupponendi termini habiles. Non item video quæ ſit neceſſitas in *d. L.* 1. *ut & L.* 1. *C. Si pig. convent. n.* pro *ſervetur*, *eruetur* ſubſtituendi, ut P. Fab. 3. *Semeſtr.* 10. *p.* 133. cum utique non inepte dicatur ſervari veritas, & veritas pro iuſtitia & bonitate cauſſæ accipi poſſit, Henr. Steph. *Lib.* 2. *Schediaſm.* 6.

9) Non vero ſimile eſt falſa confeſſione ſe quemquam onerare voluiſſe, ubi nulla ſpes commodi ſequuturi, Don. in *L.* 14. §. 1. C. *h. t. n.* 1. In mutuo vero frequentius eveniebat, ut cautio eſſet captioſa. Duar. *h.* C. 1. Pœna tamen negantis manum ſuam, vel iniuſte obiicientis exceptionem præſtatio dupli, *auth. contra C. h. t. Nov.* 18. C. 8. ubi vid. Cuiac. *p. m.* 115. Cui tamen locum eſſe in inficiatione mutui, Donel. in *d. auth. n.* 2. quia in cæteris contractibus non nocet tantopere actori negatio, nec eum ad probandum adſtringit, ſed ſtatur inſtrumento niſi reus aliud edoceat. Eidem tamen locus, etſi non ſimpliciter neget, ſed ſe non credere dicit, ac probationem exigat, quia differentia inter non credere & negare in facto proprio non admittenda. Hieron. Marilian. *Deciſ.* 35.

Digitized by Google

cautionem exponit tanquam pecuniæ ſibi numeratæ, magis id faciat, ut pecuniam accipiat, quam nondum accepit, quam ut reddat acceptam. Creditores enim, a quibus pecunia mutua petitur, quia beneficii cauſſa dant, non ulla neceſſitate obſtricti, ideo daturi ne ſibi ſit damnoſum officium ſuum, ante omnia ſibi proſpicere ad futuram numerationem ſolent, & petere a debitore futuro, ut is prius chirographum aliudve ſcriptum exponat, quo agnoſcat ſe illam ſummam accepiſſe, & tradat, quo ſibi de pecunia reddenda recte cautum ſit, oſtenduntque ſe aliter non numeraturos. Quid debitor? negabit ſe daturum, prius quam pecuniam acceperit? Immo quia cautio huc ſpectat, ut accipiat, & pecunia indiget, dabit ultro, quod petitur, ſperans ſe deinde accepturum, quod petit, & quod creditor pollicetur. Et quotidiana experientia id ita vulgo fieri ſolere ſatis comprobat. Expoſita autem cautione, notum eſt, quam multa incidant, quominus poſtea non numeretur pecunia. Mitto improbos fœneratores, qui cautione accepta cum aliquam moram ad numerandum malitioſe interpoſuerint, improbe mentiri ſolent ſe numeraſſe, quod non numeraverunt. Loquor de minime malitioſis creditoribus. Non ſemper ſtatim pecuniam habent in promptu, quam numerent. Dicunt ſibi certo in loco eſſe, ſe curaturos, ut inde promant, quantum convenit, ac poſtea dent debitori. Itaque illum poſt aliquod tempus redire iubent. Interim interveniunt multa, ne promant. Aut occupantur aliis rebus neceſſariis, aut coguntur proficiſci peregre; interdum etiam moriuntur, priuſquam dent. Ita contra confeſſionem res perit miſero debitori. Hæc cum videamus uſu venire aſſidue; ex eo, quod fit, præſumptio ſumitur, ut merito exſtimetur reus negare ſibi pecuniam eſſe numeratam. Scimus autem præſumptionem pro dicente facientem onus probandi in adverſarium transferre. *L. cum de indebito*, *§. 1. D. de prob.* Multo magis ſi reus neget, ut in propoſito, transferet. *L. adſeveratio*, *C. de non num. pec.* Non debuit debitor, inquies, facilis eſſe ad cavendum ſe accepiſſe, quod non accepit. Hoc in eo dici poteſt, cui liberum fuit pecuniam non accipere. At in eo, qui pecuniam accipere voluit, qua indigebat, & metuit, ne non acciperet, ſi recuſaret dare cautionem, neceſſitas rei familiaris debet eſſe excuſata. Ut & in aliis omnibus cauſſis, ſi quis quid neceſſe habuit facere, neceſſitas veniam meretur. *L. ſi fideiuſſor*, *§. 1. D. qui ſat. cog. L. 2. §. ſi quis tamen*, *D. ſi quis caut.* Denique ex hac neceſſitate, & more creditorum conſtat periculum certum intendi omnibus debitoribus præmaturæ iſtius cautionis. Nihil æquius, quam adverſus periculum quod intenditur, laborantibus ſubveniri. Idque ut ita fiat, ius eſt. *L. 1. §. ſed etſi quis*, *D. de Carb. ed.* Merito igitur in confeſſione mutui hoc beneficium confitenti datum præter cæteras, ut impune negare poſſit ſe pecuniam accepiſſe, de qua confeſſus eſt.

XX. Sed quoniam fieri poteſt, ut pecuniam acceperit, quam negat, & æquum eſt, non plane inutilem conſtitui cautionem creditori, quæ illius cauſſa comparata eſt: viſum eſt rem ita temperari in hoc beneficio, ut conſuleretur quidem reo, ſic tamen, ut & creditoris ratio haberetur. Ideo placuit ſuperius beneficium omne exceptionis non numeratæ pecuniæ, & querelæ intra certum tempus concludi; neque id longum; ſed quantum ſatis eſſe videretur ad eam querelam deferendam, quo eam perpetuam ſibi reus conſtitueret. Id tempus olim fuit quinquennium: nunc biennium ex conſtitutione Iuſtiniani, *L. in contractibus*, in pr. *C. de non num. pec. Inſt. de lit. obl.* Sed & hoc beneficium intra id tempus datum eſt reo hac lege, ut niſi eo intra tempus conſtitutum utatur, non impune id omiſerit, ſed exinde iam plane cautum ſit creditori etiam ad obligationem. Atque hinc initium obligationis literarum.

XXI. Sic ergo in reliquum tempus ius eſt. Exacto biennio ſuperiore pro incommodo eius temporis, quod rei ſublevandi cauſſa creditori impoſitum erat, hoc iam illi commodum præſtatur, ut convertatur in contrarium vis cautionis, ſcilicet ut quæ prius reum confeſſum nullo modo teneba, ne ad probationem quidem, deinceps eum plane teneat etiam iure obligationis. Ex illo enim reus, qui beneficio legis ſibi conceſſo intra biennium uſus non eſt, omnino ſolvere compellitur. Sic enim verba ſunt *L. ſi intra*, in fin. *C. de non num. pec.* Quibus verbis ſtatuitur obligatio ex literis, ſeu literarum, quam quærimus, quæ traditur *Inſt. eod. tit.* Nam omnimodo ſolvere compelli, nihil aliud eſt, quam adſtringi neceſſitate rei ſolvendæ. Huius autem neceſſitatis vinculum eſt obligatio, ut declarat definitio obligationis. *Inſt. de obl.* in pr.

CAP.

CAP. XXXVIII.

Obligationem literarum vere eſſe obligationem: Id eſt, poſt biennium, quam cautio emiſſa eſt, & quo reus confeſſus de non numerata pecunia ſiluit, ita contrahi hanc obligationem, ut pro natura & iure obligationis, reus confeſſus ſolvere omnimodo neceſſe habeat: nec ſi paratus ſit probare ſibi pecuniam numeratam non eſſe, audiri debeat.

Tria quæri de genere obligationis literarum; & quæ. I.
An reus qui intra biennium non eſt uſus querela, probationem non numeratæ pecuniæ ex inde offerens, ſit audiendus. II.
Affirmant cum vulgo interpretum Accurſius & Bartolus. III.
Negantem ſententiam probant luculentiſſime tria argumenta, & manifeſta iuris teſtimonia. IV.
Primum *a definitione obligationis.* V.
Secundum *ab effectu obligationis.* VI.
Tertium *a differentia cautionum ex aliis cauſſis.* VII.
Iuris teſtimonia quæ. VIII.
Bartoli defenſio adverſus illa improbatur. IX.
Affirmantis ſententiæ momenta refelluntur. X. XI. XII. XIII.

I. HAc obligatione poſita, de genere obligationis quæritur, quod dixi, quæ & qualis ſit obligatio. In quo tria hæc ſunt, quæ quærantur. Primum num ita ſit obligatio, ut omnimodo & ſine ulla exceptione ſolvere compellendus ſit is, qui ſine querela biennium exire paſſus eſt. Secundum an iure ulla conſtituta ſit, aut conſtitui debeat ex literis. Tertium an recte dici poſſit ex contractu eſſe, quæ dicitur naſci ex ſuperiore confeſſione literarum. Nam hæc omnia affirmantur a Iuſtiniano de hac obligatione: *Tit. Inſt. de lit. obl.* & *Tit. de obl.* §. *ult.* Quorum tamen in ſingulis iuſtæ ſunt dubitationes: de quibus proinde ſigillatim dicemus.

II. Ac primum de hac obligatione hæc vetus quæſtio eſt, ſi reus intra biennium querela ſuperiore non uſus, poſtea ita dicat pecuniam ſibi non eſſe numeratam, non ut numeratæ probationem exigat ab actore, quod facere eum non poſſe inter omnes convenit: ſed ut ultro non numeratæ probationem offerat; an non ſaltem hoc caſu ſit audiendus, atque ita probans non teneatur.

III. Audiendum eſſe vulgaris opinio eſt, quam magis probatam Accurſio ad *Tit. de lit. obl.* & *L.* 3. *C. de non num. pec.* iiſdem illis locis ſequitur & defendit ¹ Bartolus. Anceps quæſtio ideo, quia ut alia argumenta illorum omittam, de quibus poſtea, urget maxime pro ea ſententia ſpecies æquitatis, quia non videatur æquum eſſe audiri creditorem petentem tanquam numeratum quod numeratum non eſt, & de quo probatione rei poſſit conſtare. Rurſum omnia iura reclamant, de vi cautionis illius poſt conſtitutum tempus agentia. Sed his omiſſis unum illud præcipue, quod pro omnibus eſſe poterat, quod dicitur is, qui biennium ſine querela labi paſſus eſt, obligari literis. Non obligatur, niſi qui neceſſitate ſolvendi obſtringitur, ut ante dixi. Utrum igitur verius?

IV. Ego pro certo habeo, reum confeſſum ex cautione pecuniæ mutuæ poſt biennium, quo ſiluit ita obligari, ut exinde

1) Et Gom. 2. *Reſ.* 6. *n.* 7. Vaſq. *Lib.* 1. *de Succeſſ. creat.* §. 9. *n.* 22. *& ſeq.* Hopper. *Lib.* 4. *ἀνιθανῶν p.* 131. A. Fab. *in Cod. Fabr. de non n. pec. defin.* 1. Quorum ſententiam uſu approbari ſcribit Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 12. *n.* 24. licet altera illa iure verior ſit, & H. Piſt. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 13. quam & firmat Donellus noſter *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 21. *& ſeq. & a! L.* 13. *n.* 87. Duar. *ad eum tit. C. c.* 4. Fach. 2. *Contr.* 81. *& ſeq.* ubi idem ſtatuit iure Canonico, cum diſſenſio nulla ſit expreſſa. Coler. *de Proc. exſec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 216. *&* 3. *ſeqq.* ita. Poſt biennium excipiendo non effugit debitor exſecutionem (Recte. Sic enim quivis maligni debitores exceptionem obiicerent, tantum protrahendæ ſolutionis gratia,) niſi de ea exceptione notorie conſtet. Sed poſt factam exſecutionem ordinario iudicio licet ſolutum, ceu indebitum, repetere, probata negativa de non facta numeratione eius pecuniæ, de qua chirographum datum. Vid. & Menoch. 3. *Præſumpt.* 145. Sane aliis exceptionibus poſt biennium licere apud utroſque in confeſſo eſt. Poteſt igitur ex gr. negare ſcripturam eſſe ſuam, vi ſe coactum, dolove inductum ut confiteretur. Donel. ad *d. L.* 8. *n.* 20 Zang. *d. C.* 12. *n.* 23. Volunt & pupillo, eccleſiæ, & Reipublicæ, & piæ cauſſæ hanc exceptionem competentem biennio non finiri, de quo vid. Gœd. *ad L.* 17. *de V. S. n.* 23. Fach. 2. *Contr.* 87. Tiraq. *Privil. piæ cauſſa* 154.

de qnanvis dicat ſe paratum probare ſibi pecuniam numeratam non eſſe, non ſit audiendus, ſed repudiata omni eius querela nihilominus cogendus ſit ſolvere. In quo qnia error communis nos impedit, danda eſt opera, ut hæc ſententia certius confirmetur. Quod faciam additis certis probationibus, & refutatis iis, quæ contra adferuntur. Stat vero hæc ſententia tam certis argumentis, tamque manifeſtis locis iuris, ut his cognitis turpe ſit quemquam etiam nutu diſſentire. Argumenta ſunt hæc tria.

V. Primum ex definitione obligatinnis, qnod ante attigi, ex quo hæc recta & certa collectio eſt. Si reus poſt biennium contrariam confeſſioni ſnæ offerens audiendus eſt, non eſt obligatus, quia iſta oblatione conſequitur, ne teneatur neve obſtringatur neceſſitate pecuniæ cautæ ſolvendæ. At obligatum eſſe ex literis fatemur omnes, idque ex iure certo. *§. ult. Inſt. de obl.* & *Tit. de lit. obl.* Quo nihil aliud ſignificatnr, quam eum obſtrictum eſſe neceſſitate ſolvendi id, de quo reus confeſſus eſt, ex definitione obligationis. Quare contrariam probationem offerens ne ſolvat, ſi nobis conſtare volumus, non eſt audiendus. Aut ſi audiendum eſſe volumus, prius illud ſtatuamus adverſus ius manifeſtnm, non eſſe eum nbligatum.

VI. Secundum argumentum ab effectu obligationis. Quiſquis obligatus eſt ad pecuniam dandam, ut eum poſt biennium obligari dicimns, qui cavit ſibi pecuniam eſſe numeratam, & per biennium contra queſtus non eſt, is facto ſuo non poteſt deſinere teneri, niſi ant ſolvat creditori, aut ei eo nomine ſatisfaciat. *L. ſi rem, §. omnis, D. de pig. act.* Hæc vis eſt illius neceſſitatis ſolvendi, quam obligationi tribuimus. At debitor obligatus poſt biennium contrariam probationem offerens, & ita volens ſe non teneri, aperte non ſolvit creditori, cum potius huc ſpectet, ne ſolvat. Sed nec ei ſatisfacit. Nam ſatisfacere creditori eſt eum volentem pro eo quod a nobis petit, contentum reddere. *L.* 1. *D. qui ſatiſ. cog.* Hic autem oblatione contrariæ probationis non eſt contentus creditor, ſed eam repudiat. Talem enim creditorem hic proponimus. Proinde qni iſta oblatione neque ſolvit, neqne ſatisfacit, is ante obligatus non deſinet teneri, quo minus iſta oblatione reiecta ſolvere omnimodo compellatur.

VII. Tertinm argumentnm non minns certum ex differentia cautionum ex aliis cauſſis deſcendentium. Si rens adverſus cantionem ſuam in pecunia credita admittitur poſt biennium ad probationem contrariam, & ſolum in re dubia confeſſioni ſuæ ſtare cogitur: eadem ex cæteris cautionibns literarnm obligatio eſt, quæ ex cautione pecuniæ mutuæ. Nam & ex cæteris unuſquiſque confeſſionibus ſuis non minus acquieſcere cogitnr ſalva illi contrarium [a] probandi facultate. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Qninimo ex his cautionibus etiam obligatio maior, quod in his reus ſtatim confeſſione ſua tenetur, niſi poſt biennium. At certum eſt, & de eo inter omnes convenit, ex cautinne cæterarum cauſſarum obligationem literarum non naſci. *Inſt. de lit. oblig. L. adverſus, L. ſi intra, L. in contractibus, C. de non num. pec.* Quapropter nt inter vim harum cautionum aliquid interſit, & recte dicatur ex prioribus obligatlonem non eſſe, ex poſteriore eſſe obligationem literarum: cogimur fateri, velimus nnlimus, inter hæc hoc diſtare, quod cum pariter in utroque genere reus confeſſioni ſuæ ſtare cogatur; hoc minus eſt adverſus reum ex altero genere cæterarum cautionum, quod in his reus habeat ius contra ſuam confeſſionem probandi; quæ res facit, ut non obligetnr: in cautione autem pecuniæ creditæ ita tenetur reus confeſſione ſua, ut nec ſi probationem contrariam nfferat, admittatur. Id autem demum obligationis.

VIII. Loci iuris in eandem ſententiam manifeſti hi ſunt. Primum. *L. ſi intra,* in fin. *C. de non num. pec.* ubi cavetur poſt biennium in hac cauſſa eum, qui interim querela uſus non eſt, *omnimodo* debitum ſolvere compelli. Quid eſt *omnimodo,* niſi ut quocunque modo poſtulet ſe audiri, ne ſolvat, nihilominus omni iſto modo cogatur ſolvere? Idem expreſſum eſt in *L. in contractibus,* in pr. *C. eod.* ubi diſerte cavet Iuſtinianus, ut *biennio elapſo nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci poſſit.* At eam querelam inducit, qui dicit ſibi pecuniam non eſſe numeratam, quantumvis eius rei probationem offerat. Vetat igitur aperte etiam

a) Duar. *d. C.* 4. Si admittitur poſt biennium probatio, nec ſcriptura ad obligationem quidquam faceret, ſed tantum ad probationem. Nec eſſet hoc novum obligationis genus, nec diceretur litteris, ſed re obligatus. Recte. Quin imo multo infirmior eſſet ad obligationem cautio pecuniæ creditæ, quam alterius cuiuſvis contractus. Siquidem ex hac ſemper onus probandi in alteram partem reiicitur. Nec quidquam certe præcipuum eſſet cautionis illius ſi poſt biennium contravenire licet offerendo contrariam probationem, ſed cum omnibus reliquis commune. In eo vero illius inferior foret conditio quod ante biennium immunitas exinde probationis.

Digitized by Google

iam iſto modo querelam introduci, qui ullo modo eam introduci vetat. Plus dicitur in *ead. L. §. ſuper*, in fin. eum qui intra tempus conſtitutum exceptione non numeratæ pecuniæ, quam habebat, uſus non eſt, ita exinde omni querela excludi, ut nec poſſit ſibi pecuniam non eſſe numeratam dicere.

IX. Scio Bartolum ad *L. 3. C. eod.* ita ſe his locis expedire, ut dicat his locum eſſe, cum reus poſt biennium ita dicit ſibi pecuniam non eſſe numeratam, ut velit ſibi credi, ut ante. Cæterum ſi probandi onus in ſe ſuſcipiat, non obſtare eos locos, quominus audiatur. Sed nimis aperte refutatur verbis eorum locorum. Lex ait reum, de quo agitur, omnimodo ſolvere compelli. Bartolus ait aliquo modo eum non compelli. Lex ait nullo modo poſt biennium induci poſſe querelam non numeratæ pecuniæ. Bartolus ait aliquo modo induci poſſe. Lex ait non licere poſt biennium dicere pecuniam non eſſe numeratam. Bartolus ait, & licere, & eum qui probet, vincere. Quæ contradicentia eſſe quis non videt? quorum cum plus uno verum eſſe non poſſit, neceſſe eſt aut falſum eſſe, quod ſuperioribus locis cautum eſt; aut falſum, quod de his affirmat ſive Bartolus, ſive qui idem ſequuntur. Verum autem & certum, quod leges cavent. Falſum igitur, quod de his ab iſtis in hac re dicitur. Sed ne de probatione omni repudianda quam reus hic offerat, dubitetur, ſatis aperte & de eo cautum eſt *ead. L. in contractibus, §. illo, de non num. pec.* ubi nominatim illud obſervari iubet Iuſtinianus, ut cui poſt biennium non permittitur opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, ei nec liceat actori iuſiurandum offerre. Atqui iuſiurandum ſpecies eſt probationis. *L. 5. §. dato, D. de iur.* & ſpecies probationis ut leviſſimæ, ita expeditiſſimæ: ubi ſcilicet adverſarius in ſua cauſſa conſtituitur teſtis & iudex, & res uno verbo deciditur. *L. 1. L. 3. D. de iur.* Manifeſtum eſt igitur non admitti debitorem confeſſum hanc probationem offerentem. Quod ſi leviorem & breviorem probationem offerens, & eam quæ ſit in adverſarii poteſtate, non auditur, an dubitamus, quin non ſit audiendus offerens longiorem & impliecatiorem? Nam quod Accurſius de eo loco reſpondet iuſiurandum non habere vim probationis, ſi adverſarius ſuſcipere recuſet, quaſi ei id facere liceat; aperte falſum eſt. Cogitur enim quiſque delatum ſuſcipere, niſi quam iuſtam cauſſam habeat. Quod niſi ſuſcipit, iam & id adverſus recuſanrem pro manifeſta confeſſione & probatione habetur. *L. manifeſtæ, D. de iur.* de quo diximus ſatis in commentariis in eo argumento ad *Titulum de iur.*

X. Defenditur tamen vulgo contraria ſententia argumentis in ſpeciem non improbabilibus, ſed tamen re ipſa neque veris, neque conſentaoeis, & quibus nos moveri non oportet. Ea diligenter quæſita reperio ad ſummum eſſe quatuor: de quibus breviter reſpondebo. Primum argumentum eius ſententiæ hoc eſt. Illicitæ actiones non ſunt a magiſtratu, multoque minus a iudice admitiendæ. *L. illicitas, D. de off. præſ.* Illicita autem & iniqua exactio eſt, ſi reus probare volens pecuoiam ſibi non eſſe numeratam, non auditur; ſed sive numcrata ſit, sive non sit, ſolvere cogitur. Quapropter hanc probationem offerens audiendus eſt, & contraria petitio repudianda. Reſpondeo. Nihil verius, quam illicitas & iniquas sive exactiones, sive petitiones prohibendas eſſe. Addo etiam, quiſquis inique petit, ut dolo facit, ita & in eum iure conſtitutam eſſe exceptionem doli mali, qua petitio removeatur. *L. 1. D de dol. mal. exc.* Sed verum non eſt illicitam aut iniquam petitionem eſſe, ubi adverſus cautionem mutui omiſſa intra biennium non numeratæ pecuniæ querela, cogitur reus poſt biennium omnimodo cautioni ſuæ ſtare, & ſolvere, repudiata omni alia probatione non numeratæ peeuniæ. Eſſet inlqua petitio, si actor aperte fateretur ſe pecuniam non numeraſſe, & nihilominus eam peteret hoc prætextu, quod reus non eſſet uſus querela non numeratæ peeuniæ intra biennium. Quo caſu concedo petitionem hominis aperte de ſua turpitudine confitentis audiri non debere. Sed nunc de eo non agitur. Proponitur creditor, qui dicit ſe pecuniam numeraſſe, & probat ehirographo ſeu cautione adverſarii. Nihil æquius, quam fidem huic haberi omnimodo poſt biennium, & reiici omnem infitiationem rei, quamcumque probationem in eam rcm offerat. Nam duæ res adverſus eum ſtant, quæ iuſtiſſime eum removent: ipsius confeſſio literis teſtata, & silentium totius biennii, quo omiſſa omni querela illam confeſſionem ſuam tam aperte confirmavit. Fieri quidem poteſt, ut pecunia non sit numerata; fateor. Sed fieri etiam poteſt, ut sit numerata, reus autem malitiole ac fruſtrandi tantum cauſſa numeratam neget. Hoc nunc quæritur, utri potius ſtandum ſit, actorine intendenti peeuniam eſſe numeratam, an reo numeratam negaoti. In prom-

Digitized by Google

promptu eſt æquius eſſe credi actori freto confeſſione adverſarii, & eius ſilentio. Nec fit iniuria reo, ſi in hac ſpecie repudiatur eius omnis contraria probatio. Nam ipſe in hanc difficultatem ſe conieeit, quam & illi multo ante lex denuntiavit. Illi enim beneficium querelæ intra conſtitutum tempus tributum erat hac conditione, ut niſi intra id tempus eam querelam deferret, ſciret biennio finito eam omnem querelam removeri, *d. L. ſi intra*, *d. L. in contractibus*, *de non num. pec.* Qui beneficio legis, quod certa conditione tribuebatur, ſecundum legem uſus non eſt, is merito in conditionem & pœnam legis incidit; & ſi quid plectitur, cum ei tam aperte denuntiaretur, iure plectitur, ac de ſe queri debet, non de iure aut de adverſario.

XI. Secundum argumentum eſt contrariæ ſententiæ ab exceptione doli mali, quæ reo confeſſo competit intra biennium. Placet & hanc competere cum exceptione pecuniæ non numeratæ. *L. 3. C. de non num. pec.* At doli mali exceptio perpetua eſt. *L. pure*, *§. ult. D. de dol. mal. exc.* Ergo & hæc poſt biennium reo confeſſo competet. Quod ſi competit, neceſſe eſt competat aut nolenti probare, aut probationem offerenti. Concedimus non competere ſolum infitianti, qui biennio tranſacto immunitatem probandi non habet, ut ante habuit. *L. adſeveratio*, *C. de non num. pec.* Reſtat igitur ut competat poſt biennium ſaltem probationem offerenti. Reſpondeo. Quæ exceptio doli reo confeſſo in hac cauſſa ante biennium competit, æque temporalis eſt, atque exceptio non numeratæ pecuniæ, & ambæ pariter finiuntur biennio. Id aperte declarant conſtitutiones, quæ ſunt de hoc genere. Lex ait, poſt biennium reum confeſſum compelli omnimodo ſolvere. *d. L. ſi intra*, in fin. *de non num. pec.* Ergo reus poſt biennium nullam exceptionem habet, neque hanc, neque illam: quia qui exceptionem habet, non cogitur ſolvere, atque adeo omnino non tenetur. *L. nihil intereſt*, *D. de reg. iur. L. lecta*, verſ. *pen. D. ſi cert. pet.* Ait lex, poſt biennium querelam non numeratæ pecuniæ introduci non poſſe. Ergo nec exceptio ulla introduci poterit. Per hanc enim introducitur querela: quandoquidem nulla eſt exceptio ob pecuniam non numeratam, quæ non habeat huius ipſius pecuniæ non numeratæ querelam.

Non obſtat, quod Paulus ſcribit in *d. L. pure*, *§. ult. de dol. exc.* doli exceptionem perpetuo competere. Hoc enim de ea exceptione doli dictum eſt, quæ ſpecialis eſt, quæ eadem principaliter & per ſe competit, non etiam ex aliis exceptionibus reo competentibus [3] oritur. Ea eſt, quæ iam inde ab initio naſcitur ex dolo, quo reus in re gerenda deceptus eſt; naſcitura, etſi alia ulla exceptio eo nomine non competeret. De qua in *Inſt. de except.* in pr. De ea, inquam, agitur in *d. L. pure*. Illic enim Paulus comparat exceptionem doli, de qua loquitur, cum actione de dolo. Scimus autem actionem de dolo non competere niſi de iis, quæ dolo malo ab initio geſta ſunt. *L. 1. D. de dol.* Non eſt in eadem cauſſa doli exceptio generalis. Eam dico, quæ aliis exceptionibus non propter dolum actoris, ſed ob alias cauſſas reo ab initio proditis accedens, ob has ipſas exceptiones reo competit. *L. 2. §. & generaliter*, *D. de dol. mal. exc.* Hæc non ſemper eſt perpetua: ſed ſequitur conditionem eius exceptionis principalis, propter quam competit; ut ſi principalis perpetua eſt, etiam doli mali exceptio quæ inde oritur, ſit perpetua. Sin principalis temporalis eſt, etiam doli exceptio inde orta eodem tempore finiatur. Optima ratione. Non enim poteſt hæc exceptio oriri ex ea, quæ amplius non eſt. Sed & in his exceptionibus prior illa principalis eſt: hæc doli eodem nomine competens, acceſſoria, aut certe priori conſequens. Cum autem principalis cauſſa non conſiſtit, conſtat illic nec ea conſiſtere, quæ ſequuntur, quæve acceſſionum locum obtinent. *L. cum principalis*, *D. de reg. iur. L. 2. D. de pec. leg.* Iam vero talis eſt doli mali exceptio, quæ confeſſo in hac cauſſa competit intra biennium. Oritur enim ex eo, quod prius ei conſtituta eſt intra id tempus exceptio non numeratæ pecuniæ: utpote ſine qua nulla illi futura eſſet doli exceptio. Argumento eſt, quod confeſſus in aliis cauſſis quam mutui, nullam habet exceptionem doli mali adverſus eum, qui agit ex cautione, ſed confeſſioni ſuæ ſtatim ſtare cogitur. *L. generaliter*, *C. de non num. pec.* Quod quidem non alia ex re fit, quam quod ei cautioni denegata eſt exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ cautioni mutui conceſſa eſt. *L. adverſus*. *L. in contractibus*, *C. eod.* Denique ut certius ſtatuamus exceptionem doli mali, quæ

3) Ita & noſter ad *L. 8. C. h. t. n. 25. & ſeqq.* ubi & n. 24. reſp. dari exceptionem doli contra eum, qui dolo facit. Poſt biennium petens non facit dolo, quia petit quod debetur ex litteris, in eoque iure ſuo utitur.

quæ in hac cauſſa competit, talem eſſe, & una cum exceptione non numeratæ pecuniæ biennio exacto finiri; ſemper redeundum eſt ad conſtitutiones, quæ ſunt de hoc genere; quas certum eſt poſt biennium excludere omnem querelam pecuniæ non numeratæ. Quibus verbis omnis exceptio hanc querelam introducens, aperte removetur.

XII. Tertium argumentum eſt contrariæ ſententiæ ductum a condictione chirographi & cautionis. Nam hanc quoque condictionem intra biennium confeſſo competere ſupra diximus cautum *L. ſi quaſi, C. de non num. pec.* Sic autem ſumunt: At omnis condictio, omniſque in perſonam actio uſque ad triginta annos perpetua eſt. Sic enim diſerte traditur in *L. 2.* illic *neque ſit in quocumque C. de conſt. pec.* Ergo hæc eadem condictio etiam poſt biennium confeſſo competet: ſi non nolenti probare; at certe eius rei probationem offerenti. Quo argumento etiam efficietur, & exceptionem doli mali multo magis reo convento dari debere: quia cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem competere certum eſt, *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Et de hac condictione reſpondeo idem, quod ante de exceptione doli mali: quæ condictio hic competit confeſſo ante biennium, eandem elapſo biennio una cum exceptione finiri. Efficitur hoc iiſdem illis conſtitutionibus, quibus poſt biennium removetur omnis querela non numeratæ pecuniæ, & reus omnimodo ſolvere iubetur. Quibus verbis apparet removeri poſt biennium non ſolum exceptionem, ſed multo magis actionem, qua reus non iam ad ſe tuendum tantum; ſed ultro ad impugnandum creditorem utitur, ac nihilominus eandem querelam pecuniæ non numeratæ introducit, & id agit, ne ſolvere cogatur. Sive dixerimus hanc condictionem ex iure iſtius querelæ introducendæ naſci, ſive ex condictione naſci querelam, ſemper huc res redit, ut ſuperioribus verbis condictio iſta amota eſſe intelligatur. Cum enim quid prohibetur, intelliguntur & prohiberi omnia, & quæ ex eo ſequuntur, & quæ antecedunt, per quæ ad illud pervenitur. *C. cum quid prohibetur. C. cum quid una via, extr. de reg. iur.* Ne contrarium putemus, quod ita ſcribitur in *d. L. 2. C. de conſt. pec.* omnes perſonales actiones uſque ad triginta annos durare. Hoc enim ſic accipiendum eſt, niſi ſi qua intra certum tempus a lege aperte concluſa ſit. Indicio ſunt actiones in perſonam pœnales prope omnes, quæ intra annum propoſitæ eum annum non excedunt. *Inſt. de perp. & temp. act.* in pr. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Sed & rei perſecutoriæ pleræque tales ſunt, actio de dolo conſtituta intra biennium, redhibitoria intra ſex menſes, quanto minoris intra annum. Harum nullam hoc tempus egredi conſtat. *L. ult. C. de dol. L. ſciendum, 19. §. ult. D. de æd. ed.* Idem & de hac condictione intelligendum eſt, quæ propoſita eſt confeſſo ante biennium. Non adiicitur quidem in *d. L. ſi quaſi, C. de non num. pec.* competere hanc condictionem intra certum tempus. Sed ſatis hoc tempus aliis conſtitutionibus præſtitutum eſt, cum vetant finito biennio ullam amplius querelam pecuniæ non numeratæ introduci. Quid autem de tempore, intra quod ea condictio duret, ſervandum ſit, ex illis ſumendum eſt. Nam & in *d. L. ſi quaſi.* ſcriptum eſt de exceptione non numeratæ pecuniæ hanc idem reo competere ſine ulla præfinitione temporis. Et tamen omnes concedunt eam non longius competere, quam intra biennium, cogentibus ſcilicet aliis legibus, quæ ei exceptioni præfiniunt tempus. Concedamus igitur idem & de iſta condictione, quæ ſimul eodem ſcripto conceditur, quia & hæc iiſdem illis legibus eodem tempore incluſa eſt. Sed hoc reſponſum illi urgent, & probant, cum hæc condictio ſemel competere cœperit ante biennium, non poſſe, quin & duret finito biennio; quia ſcilicet ita ſcriptum ſit in *L. obligationum fere, verſ. placet, D. de obl. & act.* Obligationem ad tempus conſtitui non poſſe, quin & poſt tempus duret actio. Sed hoc dictum eſt de obligationibus conſtitutis conventione contrahentium, aut ſuprema voluntate teſtatoris in legato, ut ex ipſo loco videre eſt. Hoc vero in his recte dicitur: privatorum enim voluntas obligationem ſemel conſtitutam temporalem efficere non poteſt: hac ratione, quæ illic redditur, quia finiuntur iure obligationes certis tantum modis. Inter quos non eſt tempus debendi a privatis conſtitutum. Ad actiones lege ipſa ad certum tempus conſtitutas id non pertinet. Quid enim certius, quam actiones ad certum tempus pleraſque conſtitui, & conſtitutas eo tempore exacto finiri, ut ante diximus? *d. L. in honorariis, D. de obl. & act. Inſt. de perp. & temp. act.* Quippe legis poteſtas hæc eſt, ut quod voluit, iuſſiſſe ſufficiat, & cuius fuit actionem dare, ut valeat, ſit, & eius actioni modum ſtatuere, quem velit, ut utrumque ſervetur.

Ssss

tur, quia lex voluit. *L.* 2. *D. de legib. L. non dubium, C. eod.* Iam autem conſtitit condictioni iſti, de qua loquimur, [4] tempus præfinitum eſſe, & id conſtitutionibus, non privatorum conventione.

XIII. Poſtremum argumentum, cui maxime fidere videtur Bartolus, eſt ex *L. adſeveratio, C. de non num. pec.* Illic ſcriptum eſt, in cautione mutui ſic competere confeſſo exceptionem non numeratæ pecuniæ, ut quamdiu competit, transferat neceſſitatem probationis ad petitorem. Hinc ille colligi putat, amiſſa exceptione iſta poſt biennium, incipere deinceps reiici onus probandi in reum. Hoc autem onere in eum admiſſo nihil reſtare, niſi ut audiatur etiam poſt biennium. Et certe recte colligeretur, ſi confeſſo ante biennium competeret tantum exceptio non numeratæ pecuniæ, & immunitas probationis. Sic enim recte diceremus lapſum biennii non plus adimere poſſe reo, quam illi ante biennium competebat. Sed hic apparet error Bartoli, & aliorum eo loco utentium. Non enim ante biennium competit ſolum confeſſo exceptio ſuperior, & item immunitas probandi; ſed hoc amplius & querela non numeratæ pecuniæ, ut ſupra oſtendimus. Sic fit, ut lapſus biennii hæc omnia vertat in contrarium ei, qui ante iſto iure uſus non eſt; eoque quemadmodum reo adimit cætera duo, ſic adimat & non numeratæ pecuniæ querelam. Quæ cum ita ſint, nihil certius, mea ſententia, dici poteſt, quam obligationem literarum ita eſſe, ut ſunt cæteræ obligationes: ut ſcilicet quandiu de cauſſa obligationis conſtabit, id eſt de literis poſt biennium, tamdiu reus ex literis conventus, id eſt ex cauſſa obligationis, omnimodo ſolvere compellatur, repudiata ex certis conſtitutionibus omni querela non numeratæ pecuniæ, proinde & omni oblatione contrariæ probationis.

CAP.

4) Reſp. & Don. *ad d. L.* 8. *n.* 29. ita condictio ſine cauſſa non datur ubi iuſta cauſſa debendi non ſubeſt. Poſt biennium vero ſubeſt. Et actio in perſonam ita perpetua ipſi iuſtis modis obligatio ſublata. Poſt biennium autem tollitur obligatio qua tenebatur creditor ad reddendam cautionem: Denique condictionem elapſo biennio non dari, clarus eſt textus a Donello non animadverſus *L. ult. C. de cond. ex Lege.*

C A P. X X X I X.

Literarum obligatio quam recte ulla ita dicatur, quaſi ſit ex literis: atque adeo quam recte ulla huiuſmodi numeretur inter ſpecies obligationum. Tum quam recte dicatur eſſe ex contractu. Poſtremo in alia confeſſione, quam literarum, eandem obligationem locum non habere: Cautione ſcripta interpoſita ſi ſtipulatio adhibita ſit, etiam literarum obligationem manere.

An ulla ſit vera obligatio ex literis. I.
Negantium tria argumenta. II.
Ea ordine refelluntur. III. IV. V. VI.
Tentatur adverſus L. non figura 38. D. de O. & A. *ingenioſa defenſio, eaque improbatur*. IV.
Interpretatio accurata eiuſdem. L. V.
Quam recte dicatur obligationem hanc eſſe ex literis, & ex contractu. VII.
Contraria diluuntur. VIII. IX.
Qui ſine literis confeſſus eſt pecuniam accepiſſe, nec numeratæ pecuniæ exceptione iuvatur, & quandocunque confeſſionem falſam probare poteſt, etiam ſtipulatione confeſſus. X. XI.
Contrariis occurritur. XII.
Stipulatio adiecta cautioni non numeratæ pecuniæ vim habet obligationis literarum. XIII.

I. SIt ergo hoc primum in hac obligatione, ut ſtatuatur, quatenus eum teneat, quem dicimus inde obligatum. Proximum eſt, ut quæratur, iure ne fiat, ut eiuſmodi aliqua obligatio eſſe dicatur, quæ quemquam obliget ex literis.

II. Certe quominus id fiat, tria hæc repugnare videntur, vis ſcripturæ cuiuſque veterum ſententiis tradita; definitio Pauli in *L. non figura, D. de obl. & act.* propemodum conceptis verbis contraria; tum veterum diviſio de obligationibus ex contractu, quæ hanc ſpeciem non agnovit.

III. Ea nos iſto ordine propoſita breviter diluemus. Primum hæc vis omnis ſcripturæ generaliter traditur, fieri de rebus ſcripturas, ut quod actum geſtumve eſt, per eas facilius probari poſſit: ſine his autem valere, quod actum eſt, ſi habeat aliam probationem. *L. 4. D. de pignor. L. 4. D. de fid. inſt. L. cum res, C. de prob.* Si in literis probatio eſt obligationis, & rei geſtæ unde obligatio oritur: non poſſunt literæ eſſe ea res geſta, quæ conſtituat cauſſam eius obligationis. Aliud eſt enim omnimodo id, quod probat, & aliud quod probatur. Quinimo ſunt duo iſta ex genere relatorum inter ſe, quorum unum nunquam poteſt eſſe alterum: non magis quam pater filius: quod antecedit, id quod ſequitur; cauſſa eſſe effectus. Dicendum eſt vere iſta dici, itaque rem ſe habere regulariter Unam exceptionem eſſe in ea ſpecie, de qua agimus. De qua exceptione dubitari non poteſt, cum videamus iſti cautioni & ſcripturæ nominatim tributam eſſe legibus obligationem poſt biennium. *d. tit. Inſt. de lit. obl.*

IV. Sed præcipue adverſatur *L. non figura, D. de obl. & act.* ubi Paulus prope diſertis verbis hanc cauſſam obligationis repudiare videtur. Sic enim verba ſunt: *non figura literarum, ſed oratione quam exprimunt literæ, obligamur*. Non figura literarum, ideſt non literis. Non enim addit, ſed oratione, quam exprimit figura literarum, ſed quam exprimunt literæ, vocans literas, quam prius dixerat figuram literarum. Sed & paulo poſt vocat ſcripturam, quam initio figuram literarum dixerat: Ita breviter hoc definit, non obligari nos literis, contra quam dicimus. Non dicit, ut Accurſius, obligari nos utroque, ideſt oratione quidem, verum & literis; ſed aperte obligari nos oratione ait; literis obligari negat. Scio tentari poſſe, num recte dicturi ſimus Paulum his verbis aperte hoc ſtatuere nullam obligationem eſſe literarum ſeu ex literis, idque eum vere ſcripſiſſe, quia ita ius fuerit ipſius temporibus, ut [1] nulla eſſet, ut-

1) Duar. *h. t. C.* 43. tempore Pauli fuiſſe incognitam per *L. ult. de conſt. pec. L. ult. de O. & A.* & per diviſionem Caii & *C.* 4. nullam eius mentionem in D. ſed manaſſe ex principum conſtitutionibus, & Hotom. 6. *Obſ.* 19. Vult. *ad §. ult. I. de obl. n.* 6. putat hanc litterariam obligationem eandem eſſe quæ olim fiebat nominibus, ſolemnitatem illius exoleviſſe, ipſam obligationem non ſublatam; in deſuetudinem quidem abiiſſe, ſed ab Imperatoribus reductam. *I. h. t. n.* 3. putat illum nominum contractum in ſolo mutuo celebratum fuiſſe. Sed Ræv. 3. *Var.* 1. ita eum exponit. Qui emptionis, locationis, ſtipulationis, aliove titulo obligatum habebat, ſecuritatis maioris cauſſa, tabulas perſcri-

Digitized by Google

pote nondum inducta. Neque tamen eam ſententiam huic obligationi obſtare debere, quia hæc obligatio inducta aut pro certo primum agnita ſit a Iuſtiniano, idque ea conſtitutione, quam certum ſit derogare iuri in Pandectis relato: ea eſt *L. in contractibus*, *C. de non num. pec.* Sed neutrum licet dicere. Nam Iuſtinianus in ea lege exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt conſtitutum tempus excludens nihil amplius ſe in eo iure inducere profitetur, quam ut quæ intra quinquennium ante competebat, nunc competat tantum intra biennium. Quo declarat nec ſe de his quæ de eo genere aliis libris noſtris ſcripta ſunt, quidquam præterea immutare. Quod ad tempora Pauli attinet, etiam eius temporibus valuiſſe hanc obligationem non levis coniectura eſt ex *L. ſi intra*, *C. de non num. pec.* ubi, ut ante retulimus, diſerte ſcriptum eſt, ſi in ſpecie, de qua agimus, legitimum tempus exceſſerit querela a reo non perlata, eum omnimodo ſolvere debitum compelli. Quæ verba, ut oſtendi, aperte ſtatuunt huius rei obligationem: cum nihil aliud ſit obligatio, quam vinculum, quo obſtringimur iſta neceſſitate ſolvendi. Sed & eodem reſcripto cum dicatur ita compelli ob cautionem, quam expoſuit, adverſus quam intra conſtitutum tempus exceptione doli uſus non ſit: etiam hac parte non obſcure ſignificatur eam neceſſitatem ſolvendi, ideſt obligationem naſci ex vi eius cautionis, id porro eſt ex literis. Atqui id reſcriptum eſt Alexandri Imperatoris: cuius temporibus vixiſſe Paulum didicimus, auctore Lampridio in vita Alexandri. Ac ne quis forte apud ſe ſic cogitet, fieri poſſe, ut ius iſtud reſcripto Alexandri conſtitutum ſecutum ſit poſtea, cum iam ſuperius illud Pauli editum eſſet, quod legimus in *L. non figura*, ſatis intelligitur ex *d. L. ſi intra*, neceſſitatem illam ſolvendi, quæ illic commemoratur, non tunc primum induci ab Alexandro, ſed ius eſſe, quod & ante in uſu erat. Non enim dicit Alexander, in poſterum debitum omnimodo ſolvere compelletur: ſed, debitum omnimodo ſolvere compellitur, verbo ad ius præſens, & quod tum obtinebat, relato.

V, Nihil opus eſt verbis. Si totam definitionem Pauli non particulam intueri volumus, & recte expendimus, quid ſubiiciat: puto, reperiemus eum ſtatuere hanc ipſam obligationem quam quærimus, & eam ex literis. Animadvertendum eſt enim eum non ſimpliciter dicere, non obligari nos *figura literarum*; ſed addita conditione, & temperamento, quod ad excipiendam obligationem hanc perſpicue referatur. Sequitur enim: *quatenus placuit non minus valere, quod ſcriptura, quam quod vocibus lingua figuratis ſignificaretur*. Hanc adiectionem non pro ratione, ut [2] Accurſius, & alii plerique, ſed pro temperamento præcedentis definitionis accipio. Eſtque hic ſenſus planus: Non obligamur figura literarum, ſeu literis: ſed hoc hactenus, quatenus placuit non minus valere, quod ſcriptura, quam quod oratione ſignificatur: ideſt quatenus placuit ſcripturam ſolum tantumdem valere, quantum orationem, non plus. Cæterum ſicubi placeat ſcripturam plus valere, illic nihil prohibet, quominus recte dicamur literis & ſcriptura obligari. Quod ipſum accidit in confeſſione pecuniæ creditæ. In qua ſi quis ſine ſcripto confeſſus ſit ſibi pecuniam numeratam eſſe, non obligatur, ut in *extremo* dicemus. Idem ſi confiteatur literis placet eum poſt tempus præſtitutum olim quinquennium, nunc biennium omnimodo ſolvere compelli. Ubi apparet placere maiorem vim eſſe ſcripturæ, quam orationis. Et ibi quoque obligationem literarum ſtatuimus aſſentiente plane, vel potius hoc ipſum exigente ſuperiore exceptione. Perinde eſt enim, quaſi ita diceret Paulus, cum in cautione pecuniæ creditæ poſt ſtatutum querelæ tempus plus tribuitur ſcripturæ, quam verborum confeſſioni, non iam dico in ea ſpecie non obligari nos literis, ut in cæteris: ſed hanc ſpeciem excipio, in qua volo intelligi nos literis obligari. Hoc ſenſu, ut dixi, non infirmatur obligatio literarum ſuperiore definitione, ſed maxime confirmatur: & interpretatio cum verbis conſentanea eſt, tum vero cum oratione & iure illorum temporum optime congruit.

VI. Poſtremo opponitur nobis diviſio veterum. Exſtat Caii diviſio de obligationibus

nibus

ferebat, debitorem ad perſcribendam nominis ſeu debiti quantitatem urgens, ut omiſſa veteris obligationis cauſſa commodior ſuccederet ex literarum ſubſignatione. Solebat id tractari Romæ coram equitibus aliquot & ornatis viris, in provinciis coram decurionibus aut duumviris, qui litteras huiuſmodi ſignabant. Sen. 3. *de Beneſ.* 15. Ita Ræv. an recte ambigo. Locus Senecæ ſatis non probat, minuſque alter ex eodem. Verius videtur ſentire Cuiac. 22. *Obſ.* 3. eam expeditam per menſæ ſcripturam, vid. & Hopper. *Lib.* 4. *[illegible]* *p.* 129. *& ſeqq.*

2) Forner. 4. *Rer. quotid.* 28. quatenus ibi pro quia. Heidec. *in leg. naturalis* 5. *de praſ. verb. Ax.* 2. *&* P Buſ. 5. *Subtil.* 7. de nominum obligatione accipiunt. Hotom. 6. *Obſ.* 19. pro *oratione* legit *ratione* ut ſenſus ſit. Non ex chirographo, ſed ex ratione, id eſt cauſſa præcedente obligationis in chirographo expreſſæ, propter quam id conſcriptum, obligatio. Quaſi Paulus ibi aperte obligationem hanc negaret. Aliter Vult. *1. hoc tit. n.* 2.

nibus ex contractu in *L.* 1. *D. de obl. & act.* in qua ille hoc genus ex profeſſo tractans has tres ſpecies huius generis tantum poſuit, ut diceret obligationes ex contractu aut re contrahi, aut verbis, aut conſenſu. Literarum obligationis mentionem nullam facit. Idem in enumeratione harum ſpecierum factum videre eſt a Pedio, Ulpiano, Modeſtino in *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact. L. certi*, *§. quoniam*, *D. ſi cert. pet. L. obligamur*, *D. de obl. & act.* Quod ab illis literarum obligatio appellata non eſt, cum locus exigebat, & præſertim cum ex profeſſo inſtituebatur obligationum diviſio, certo argumento eſt, hanc illos ſpeciem non agnoviſſe, neque in numero obligationum habuiſſe. Non enim omiſerunt imperitia iuris homines iuris conſultiſſimi. Ex quo relinquitur ideo eos omiſiſſe, quia nec iure erat cognita. Et omnino aliud agnoſcere non poſſumus in ſuperioribus diviſionibus. Sed duplex cauſſa reddi poteſt, cur non agnoverint hanc ſpeciem, & nihilominus vera ſit obligationis ſpecies. Una cauſſa eſt, quod cum priores illi Pedius & Caius ætate ſuperiores eſſent, nondum fortaſſe illorum temporibus recepta erat hæc obligatio, ſed poſtea aut paulatim inducta eſt moribus, aut certioribus conſtitutionibus confirmata. Altera cauſſa eſt, quod etſi forte ex hac cautione etiam tum obligaretur reus poſt quinquennium; tamen nondum propterea ſatis conveniebat inter omnes de cauſſa obligationis, quaſi dici deberet obligatio ex literis. Nec abs re omnino. Dici enim poteſt obligatio ex re eſſe: poteſt & dici eſſe ex literis, diverſis rationibus non improbabiliter. Ex re, id eſt ex numeratione pecuniæ, quia creditor ex hac cautione ſic agit, ut dicat ſe pecuniam numeraſſe, quam ideo ſibi dari oportere intendit: atque huius numerationis fidem facit chirographo & cautione. Ita in propoſito cauſſa obligationis eſt in numeratione, probatio in ſcriptura. Rurſum idcirco dici poteſt hæc obligatio eſſe ex literis, quia harum literarum vis longe recedit a natura probationum. Nam probationi ſcripturæ contraria probatio opponi poteſt, ſi nihil amplius ſit in ſcriptura, quam probatio. *L. generaliter*, *C. de non num. pec. L. cum precibus*, *C. de prob.* At hoc contra fit in hac cautione poſt biennium, ut ſupra oſtendimus. Quæ res declarat in ea obligationis vim eſſe, non probationis. Merito igitur inde dicatur obligatio eſſe ex literis. Et hoc verius. Quod & tandem obtinuit, idemque & Iuſtinianus ſecutus eſt in Inſtitutionibus.

VII. Tertium ſtatuitur de hac obligatione. Placet enim non tantum eſſe ex literis, ſed etiam ex contractu, et quemadmodum ſtipulatio verbis, ſic & in hac ſpecie obligatio literis contrahatur. *d. §. ult. Inſt. de oblig.* Et hoc quam recte dicatur, tertio loco quærimus. Duo enim obſtant, quæ & ipſa diluenda ſunt.

VIII. Primum nullus eſt contractus, in quo non id agitur, ut quid detur aut fiat in futurum. Exemplo eſt ſtipulatio, quæ definitur conceptio verborum, qua quis interrogatus daturum facturumve ſe id, quod interrogatus eſt, reſpondet. *L.* 5. *§. ſtipulatio*, *D. de verb. obl.* Scimus autem ſtipulationum conventionalium tot eſſe ſpecies, quot rerum contrahendarum. *ead. L.* 5. in pr. Et ne dubitemus hoc ad omnes contractus pertinere, conſtat hoc amplius nullam eſſe obligationem, undecumque naſcatur, proinde ne ex contractu quidem quæ non ſit in eo, ut quid poſtea detur, aut fiat. *L.* 3. *D. de obl. & act.* At in cautione pecuniæ creditæ cum quis ſimpliciter confitetur ſe pecuniam accepiſſe, is de præterito tempore tantum cavet, non etiam quidquam in futurum pollicetur. Quare prope eſt, ut ne hinc ſit obligatio. Multoque minus eſſe poteſt ex contractu. Dicendum eſt huiuſmodi cautionem ut eſt conceptio verborum, in præteritum tantum conceptam eſſe; re autem & ſignificatione etiam in futurum, in qua hoc etiam reus caveat, ſe quod accepit ſoluturum. Nam qui cauſſam obligandi ſui poſuit, etiam obligationem quæ neceſſario iure adiuncta eſt, poſuit. Omninoque in mutuo hoc evenit, ut qui quid accepit mutuo, iure ad id reddendum obligetur, ut proinde qui unum dixit, etiam intelligatur alterum dixiſſe. *Inſt. quib. mod. re contr. obl.* in pr. Eiuſque rei certiſſimum argumentum eſt in hac cautione creditoris, profiteor te non teneri; quæ cum ſit verbis in præſens non in futurum conceptis, & ad teſtimonium liberationis tantum ſpectare videatur; dicitur tamen pactum habere, ne ſcilicet creditor a reo in futurum petat. *L. tale*, in pr. *D. de pact.* Quippe hoc ſequebatur, ſi quidem non teneatur reus.

IX. Sed eſto, hoc quoque caverit reus ſe ſoluturum, quod fatetur ſe accepiſſe. Nondum tamen hic contractus eſt, niſi ut verbis cavet reus ſe id ſoluturum, etiam re in hoc conſentiat, ut præſtet. Iam enim ſæpius dicimus, nullum eſſe contractum ſine conventione & conſenſu. *L.* 1. *§.* 1. *D. de pact.* At hoc ſaltem ſecundum videtur deeſſe huic obligationi. Qui enim

cavet

cavet ſe pecuniam accepiſſe, quam non accepit, futuræ numerationis cauſſa, palam eſt eum non conſentire in hoc, ut reddat, quod non accepit. Sic fit, ut non poſſit videri eſſe ex contractu, quæ non eſt ex conſenſu. Et fatendum eſt, eum qui cavet ſe pecuniam accepiſſe, quam non accepit, non conſentire, ut reddat non acceptam, id eſt ut præſtet ideo, quia acceperit. Sed conſentit ſimpliciter, ut eam præſtet, ſi querela non numeratæ pecuniæ intra conſtitutum tempus uſus non erit. Id eum facere intelligimus ex eo, quod dat cautionem, ut ſit apud creditorem eo loco, quo ius eam eſſe voluit. Voluit autem eam vim habere, ut poſt biennium reum obliget ad id præſtandum, quod cautione ſe debere agnovit. Quare & in hoc ſe voluntate ſua obligare intelligitur. Et generaliter in his quæ geruntur inter aliquos, quæ certam vim certumve uſum iure conſtitutum habent, ex iure ſumitur id, quod agi videtur, ut eſt in *L. 6. D. de ſol.* Utrumque igitur verum eſt, ut obligatio hæc eſt ex literis, ita in his ipſis eſſe ex contractu.

X. Sed quæcumque hic obligatio eſt, & quocumque ex conſenſu illud manet, in univerſa hac confeſſione mutui ſolam obligationem eſſe literarum, ſeu ſolum [3] ex literis. Quo duo hæc continentur, ut neque in eadem confeſſione obligatio ſit ſine literis; neque ſit obligatio literis intervenientibus, ſi in his alia ſit debendi cauſſa, quam literæ. Quæ duo cum præcipua quadam animadverſione indigeant, & ad vim obligationis literarum magis exprimendam pertineant, viſum eſt ea extremo loco ſeparatim attingere. Primum igitur quæro, ſi quis verbis ſine chirographo & literis confeſſus ſit ſe pecuniam mutuam accepiſſe vel abſente creditore, vel præſente, an non in ea confeſſione, quæ a ſcripta non diſcrepat, ſit, aut certe eſſe debeat effectus idem, quem diximus in cautione & chirographo; ut ſcilicet confeſſus intra biennium habeat exceptionem non numeratæ pecuniæ; finito autem biennio, intra quod querelam non detulerit, in totum obligetur. Et ſi obligatio huius generis, itemque exceptio recte tribuitur literis, ſeu ei & adverſus eum, qui ſcripto confeſſus eſt: apparet remotis literis, & cautione ſcripta ſuperioribus rebus locum non eſſe. Et res ita habet. Qui ſine ſcripto ita confeſſus eſt, non habet [4] exceptionem non numeratæ pecuniæ, ſi conſtet eum ita eſſe confeſſum, quod fiet vel ipſius confeſſione, dum ſe ita aliquando confeſſum agnoſcet, vel ſi neget, teſtibus, dummodo ad eam rem rogatis. *Novel. de teſtib. §. & licet*, verſ. *hæc autem inania*. Ideo autem non habet, quia niſi qua præſumptione adiuvetur adverſus confeſſionem ſuam, neceſſe habeat ex regula generali confeſſioni ſuæ acquieſcere. *L. generaliter, C. de non num. pec.* Nulla autem in confeſſione non ſcripta pro confitente talis præſumptio, qualis eſſe ſolet pro cautione & chirographo emiſſo. Nemo enim ſolis verbis ſine literis ſolet confiteri coram teſtibus ſibi pecuniam numeratam, niſi cum iam ante numerata eſt, eiuſque numerationis teſtandæ cauſſa: quia teſtimonium teſtium in hac re ad futuram numerationem eſt ſupervacuum: cum ſi eo teſtimonio contentus eſſet creditor, poſſet multo tutius tum adhibere teſtes, cum pecuniam numerabit. Contra cautiones & chirographa dari ſolent futuræ numerationis cavendæ cauſſa, & quidem utiliter, ut ſcilicet quanvis creditor pecuniam numeret poſtea, tamen ſemper eaſdem illas literas apud ſe habeat, quibus tam probet numerationem, quam ſi ab initio pecuniam numeraſſet. Hoc ita fieri ſolere, & quam multa ſuadeant ut debitor ita faciat, ſupra oſtendimus. Unde præſumptio pro confitente, pecuniam nondum fuiſſe numeratam, cum cautionem exponebat. Sed ut qui ſine literis confeſſus eſt, exceptione pecuniæ non numeratæ non iuvatur, ſed ſtatim cogitur confeſſioni ſuæ ſtare: ita pro eo conſequitur hoc etiam, ne ea confeſſione unquam obligetur. Sic enim ius temperatum eſt in *L. generaliter, C. de non num. pec.* Ut qui iam a principio iubentur acquieſcere confeſſionibus ſuis, iubeantur id facere in re dubia: contrarium autem probare volentibus fiat poteſtas. Quo iure ſi quis in confeſſione non ſcripta uti volet, ſciemus audiendum eſſe ſive inſtrumentis contrariis id probet, de quibus ſupra diximus, ſive teſtibus, qui dicant ſe audiviſſe creditorem fatentem nullam ſe eiuſmodi pecu-

3) Propria hæc ſpecies contractus. Nec recte *DD.* ref. Mozz. *de Mutuo C. 2. de Diviſ. Mutui n. 2.* vocant hoc mutuum mere civile. Quibus fere accedit Heidec. *d. Ax. 2.* genere quodam videri hunc peculiarem obligationem vere ac in effectu (male igitur Imperatores ſi ita eſt) eſſe ex re ipſa & numeratione præſumpta *L. 5. 7. 9. Cod. h. t.* Ideo non dari condictionem ex lege, ſed condictionem certi. *L. un. C. Th. Si cert. pet. de Chirog.* Nihil hoc obſtat quia & ex ſtipulatione rei certæ certi condictio. Num ideo obligatio ex re?

4) Donellus noſter *ad L. 8. C. De non n. pec. n. 33.* Diſſ. fere Duar. *ad eum tit. C. 9.* aliter Fach. 2. *Contr. 85.* exceptionem quidem intra biennium pariter concedi voce confeſſo teſtato, ſed poſt biennium non negari, verum onus probandi confitenti iniungi.

Digitized by Google

pecuniam credidiſſe. Niſi quid enim ſpecialiter lege exigantur inſtrumenta ad probationem, ut fit cum quis adverſus confeſſionem ſuam chirographo ſuo teſtatum venit; *d. L. generaliter*. Ibi ita ius eſt, *ut pariter ad fidem valeant & inſtrumenta & teſtes*. L. in exercendis, *C. de fid. inſtrum*

XI. Quid tamen, ſi is qui ſine ſcripto confitetur ſe pecuniam accepiſſe, etiam ſine ſcripto ſtipulanti creditori promiſerit ſe eam pecuniam daturum, ſoluturum? an ne hic quidem habet exceptionem non numeratæ pecuniæ intra biennium, idem nec poſt biennium obligatur? Movet dubitationem *L. cum ultra, C. de non num. pec.* & *§. idem iuris, Inſt. de except.* quorum locorum in utroque promittenti iſti ex cauſſa pecuniæ creditæ datur exceptio non numeratæ pecuniæ: in altero autem, ideſt in *d. §. idem iuris*, hoc amplius etiam poſt biennium revocatur res ad eam conſtitutionem, qua ius poſt id tempus de obligatione literarum conſtitutum eſt, puta, *L. in contractibus, C. de non num. pec. Inſt. de lit. obl.* Rurſum hi ipſi loci poſteriores refragantur, dum in his nominatim & exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium, & poſt biennium obligatio conſtituitur tantum in literis, ſeu in iis, qui ſcripto quid caverunt. Et verius eſt idem admittendum etiam in eo, qui ſine literis pecuniam tanquam numeratam ſe ſoluturum ſtipulanti creditori promiſit. Optima ratione. Nam ſi hic convenitur reus tanquam ex ſtipulatione extra cauſſam mutui, is tenetur. *L. ſi generaliter, C. de non num. pec.* qua lege extra pecuniam mutuam in cæteris omnibus cauſſis iubetur quiſque ſtare confeſſioni ſuæ. Quod ſi ita convenitur ex ſtipulatione, quod dicatur pecunia prius illi fuiſſe credita: hoc ipſo dicimus eum confeſſioni ſuæ ſtare debere: quia prius effectum eſt eum debere ſtare, qui ſimpliciter & ſine ſcripto confeſſus eſt ſibi pecuniam eſſe numeratam. Quoties autem ſtipulatio ſequens interpoſita eſt ex præcedente numeratione, & generaliter quoties ex præcedente cauſſa nova aliqua obligatio oritur: placet nos cauſſam & originem obligationis poſterioris ſpectare debere. *L. qui id quod*, in princip. *D. de donat. L. ſi procuratorem*, in pr. *D. mand.*

XII. Non moveor *L. cum ultra, C. de non num. pec.* Hæc tribuit exceptionem non numeratæ pecuniæ ei, qui hanc ſtipulanti promiſit. Si nominatim tribueret etiam ei, qui ſine ſcripto promiſiſſet, non negaremus eſſe contrariam, atque adeo hanc ſequeremur. Nunc cum generaliter tantum id dicat, nec quidquam exprimat, ſcriptone quis promiſerit, an ſine ſcripto; quid hic ſequendum ſit, cum ex aliis legibus de hac exceptione conſtituentibus, tum maxime ex poſteriore conſtitutione Iuſtiniani ſumendum eſt. Ut quoniam ea conſtitutio ſcriptum exigit cum in *L. in contractibus*, tum ſub *Tit. de lit. obl.* idque certa ratione, ut oſtendimus; idem intelligi oporteat in prioribus legibus, quæ minus aperte de eo loquantur. Cum ſciamus eſſe in præceptis rectæ interpretationis legum, ut & priores leges ad poſteriores trahantur, & poſteriores ad priores, *L. non eſt novum* & duabus ſeqq. *D. de legib.* Minus obſtat *§. idem iuris, Inſt. de exc.* Nam in extremo nominatim Iuſtinianus rem totam de qua prius conſtituerat in eo §. revocat ad conſtitutionem ſuam, cuius meminerat ſub *Tit. de lit. obl.* Ea autem conſtitutio eſt *L. in contractibus*, quam diximus nominatim exigere ſcriptam cautionem. Stet igitur, omnem iſtam obligationem, quam diximus eſſe ex literis, & literarum, vere dici ex literis, quia & vis eius id poſtulet. Quippe tunc ſolum locum habeat, cum cautio ſcripta in mutuo intervenerit. Literis autem non intervenientibus confeſſum de mutuo & ſtatim teneri confeſſione ſua in re dubia; & tamen non obligari, nec poſt biennium, quia contrariam probationem offerens vel inſtrumentorum vel teſtium audiatur; ſive ſine ſtipulatione ſit confeſſus, ſive confeſſus ſtipulanti idem promiſerit.

XIII. Deinde quæro, quod ad cautionem ipſam ſcriptam pertinet ſi intervenerit cautio ſeu chirographum pecuniæ creditæ non numeratæ, ſed ſimul in cautione addita ſit ſtipulatio, ut in ſpecie, *L. lecta, D. ſi cert. pet.* an ne ſic quidem hic ſit literarum obligatio, aut certe effectus literarum obligationis; de quo diximus. Movet, quod literæ intervenerunt. Et prima cauſſa confitendi fuit ex mutuo. Rurſum intervenit ſtipulatio, quæ quoties adhibita eſt pecuniæ curandæ cauſſa, toties ex ſtipulatione naſcitur obligatio, non ex numeratione, ſeu mutuo. *L. 6. L. 7. D. de novat.* Et diſerte ſcriptum eſt *Inſt. de lit. obl.* hoc caſu non naſci obligationem ex literis, ſed ex ſtipulatione. Recte, ex definitione ſuperiore recepta apud omnes veteres. *d. L. 6. L. 7. de novat.* Sed hic cautione opus eſt, quam hoc loco adiici oportuit. Etſi enim verum eſt hoc caſu obligationem non eſſe ex cauſſa literarum, ſed ſtipulationis: tamen

Digitized by Google

men ſciendum eſt non eo minus eius obligationis eandem vim & poteſtatem eſſe pro reo & contra reum, quæ futura eſſet ſine ſtipulatione; ut ſcilicet reus ex hac cautione intra biennium tutus ſit exceptione non numeratæ pecuniæ; poſt biennium omnimodo, teneatur adempta omni ſpe contrariæ probationis. Traditum hoc eſt in *d.* §. *idem iuris*, *Inſt. de exc.* Nam ſi placet id ſtatui ei & adverſus eum, qui ſine ſcripto ſtipulanti promiſit ſe ſoluturum, ut quidam eum §. interpretantur, multo magis idem ſtatuendum eſt in ea ſtipulatione, cui cautio ſcripta acceſſerit, ubi non male dici poteſt obligationem naſci ex literis. Non adverſatur, quod dicimus iſti obligationi locum eſſe in pecunia ſolum credita. Nam & hic pecunia vere credita dicitur, & ex ea numeratione nata eſt ſtipulatio. Hanc cauſſam ſpectandam eſſe iam ante diximus, ut ei idem effectus tribui debeat, qui & tribueretur ſine ſtipulatione. *d. L. qui id quod*, *D. de don. d. L. ſi procuratorem*, *D. mand.*

F I N I S.

598118

Biblioteca Nazionale NAPOLI

Digitized by Google